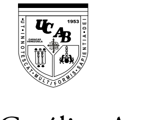
DERECHO PENAL

TEORÍA DEL DELITO

Juan Luis Modolell González



Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2014

K5000
M6 Modolell González, Juan Luis
Derecho penal : Teoría del delíto / Juan Luis Modolell González
Caracas : Universidad Católica Andrés Bello, 2014
264 p. ; 23 cm.
ISBN 978980244---
Incluye referencias bibliográficas

1.DERECHO PENAL. 2. DELITO . I.DELITO II.TITULO

DERECHO PENAL (TEORÍA DEL DELITO)
Juan Luis Modolell González

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020)
Apartado 20.332

Diseño y producción: Publicaciones UCAB
Diagramación: Reyna Contreras M.
Corrección de pruebas: Publicaciones UCAB
Diseño de portada: Reyna Contreras M.
Impresión: Impresos Miniprés, C.A.

Primera edición, 2014
ISBN: 978-980-244
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: lf

A Lorena y Tomás,

con todo mi amor

Juan Luis Modolell González

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (1990); Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela –tesis mención publicación– (1998); Doctor en Derecho, *sobresaliente cum laude*, por la Universidad de Barcelona (2000). Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, del Servicio Alemán de Intercambio Académico y de la Fundación Max Planck. Profesor de Derecho penal en las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, a nivel de pregrado y postgrado. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Prólogo

La aparición de un nueva “Teoría del delito” merece siempre una atención muy especial. La investigación jurídica se manifiesta, generalmente, en el tratamiento de temas más o menos particulares, a través de artículos en revistas especializadas o de monografías editadas como libros. Las obras de conjunto, como la que el lector tiene entre sus manos, son mucho menos frecuentes. La teoría del delito abarca desde el centro de la parte general del Derecho penal hasta todo el Derecho penal, lo que justifica que este libro reciba el título general de *Derecho penal*. Para afrontar con solvencia una empresa de esta envergadura es necesario dominar todas las claves fundamentales del Derecho penal y dominarlas todas a la vez. Al mismo tiempo hace falta una especial capacidad para transmitir con claridad conceptos abstractos. Se comprenderá que solo unos pocos se atrevan a abordar esta clase de obras. El profesor Juan Luis Modolell lo ha hecho y ha conseguido un resultado excelente: no solo ofrece una información muy completa sobre la evolución y el presente de la teoría jurídica del delito, recogiendo las opiniones de los penalistas más significativos, sino que aporta una visión personal y coherente que atraviesa toda la obra y confiere unidad al conjunto. Por lo demás, esta exposición de la parte general del Derecho penal interesará tanto al jurista formado como a los estudiantes que se inician en el estudio de esta materia, puesto que tiene la difícil virtud de hacer fácil lo difícil —si se me permite el juego de palabras—.

Por todo ello me siento muy honrado de poder añadir estas pocas palabras de presentación al importante libro de Juan Luis Modolell. También me alegra enormemente. Quien fue alumno mío (destacado) de doctorado en Barcelona hace casi dos décadas, culminó aquel período con una tesis excelente (sobre la imputación objetiva) y se

convirtió en un profesor prestigioso en su Caracas natal, aunando la investigación, la docencia y la dirección de su Facultad como Decano de la misma. A lo largo de los años y desde la distancia he ido siguiendo con interés su trayectoria académica, y ahora compruebo que alcanza, con el presente libro un hito fundamental, que lo sitúa entre los grandes maestros del Derecho penal. Juan Luis Modolell merece por ello mi reconocimiento, que expreso aquí públicamente. Pero también han de sentirse especialmente de enhorabuena quienes han sido alumnos del Dr. Modolell y han podido apreciar su calidad profesional y personal. No solo ellos, sino todos los penalistas de Venezuela encontrarán en este libro lo que ha de ser una de las obras básicas del Derecho penal venezolano.

En Barcelona, octubre de 2014

Dr.Dr.h.c.mult. Santiago Mir Puig
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

A manera de explicación

El siguiente trabajo es el resultado de un largo proyecto de investigación, aunque reiteradamente interrumpido, iniciado durante el verano boreal de 2001 en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Friburgo, Alemania. Allí comencé la labor de recopilación del material básico necesario para escribir un manual sobre teoría del delito, dirigido a estudiantes de Derecho. Igualmente, desde ese año fui recabando apuntes con los cuales preparaba las clases que impartía en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, desde el año 1992. Sin embargo, el proyecto inicial de esta obra fue postergado por otros trabajos y actividades que me apartaron por períodos de esa faena, y así fui abandonándola y perdiendo el entusiasmo necesario para su desarrollo y culminación.

Durante los años 2004 y 2005 realicé una estancia de investigación, como becario Humboldt, en el *Institut für Strafrecht und Rechtstheorie* de la Universidad de Friburgo, con el Prof. Dr. Wolfgang Frisch, para trabajar sobre los delitos de mera actividad. Ello me mantuvo apartado del proyecto del libro sobre teoría del delito. Con ilusión renovada, en el año 2006 lo retomé aunque de forma intermitente y dispersa. Volví durante un mes a Alemania, en el 2009, a fin de seguir analizando el material bibliográfico para este libro. A comienzos del año siguiente, 2010, fui designado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, lo que dificultó nuevamente la continuación de la investigación. No obstante, en los veranos de ese año y de 2011 logré recabar más información en Alemania, aprovechando, además, ese tiempo para escribir.

Fue en enero de 2012 cuando me propuse, como firme objetivo, la dedicación disciplinada a escribir el manual de Derecho penal usando la bibliografía acumulada durante los años anteriores. Pero, inmediatamente, me enfrenté a la realidad de la complejidad de mi proyecto, y acepté que revisar a fondo toda aquella literatura era algo prácticamente imposible de realizar. Tocaba, entonces, ser práctico y opté por escribir este trabajo concibiéndolo como un proyecto abierto, que sería publicado cuando hubiese cuajado la parte básica del mismo, aunque con el propósito de seguir ampliándolo, reelaborándolo y repensándolo, lo cual permitirá, ojalá así sea, seguir estudiando aquel copioso material recopilado[1].

El año 2012 y la mitad de 2013 fueron de un intenso trabajo de redacción. En agosto de ese último año me dediqué, en Alemania, a actualizar los manuales básicos utilizados para su elaboración, y durante el último trimestre me dediqué de lleno a la versión final. Todo el 2014 se tradujo en labores de corrección, desde el manuscrito original, por mi esposa Lorena, hasta las revisiones de imprenta hechas por mí. Durante ese año no agregué ni actualicé el material usado, ni la jurisprudencia, lo cual queda también como asunto pendiente.

El libro desarrolla los elementos del delito, partiendo de la definición tradicional de este como conducta típica, antijurídica y culpable. Se trata de una teoría del delito enmarcada en el fin de prevención general de la pena. En efecto, hasta ahora, considero que la amenaza penal tiene como propósito intimidar jurídicamente a los destinatarios de la norma penal (prevención general negativa), así como fomentar el respeto jurídico al valor protegido por ella (prevención general positiva). Esta visión de la pena lleva, a su vez, a entender el delito mediante una teoría de la norma penal que atribuya a esta dos funciones: la función de determinación y la función de valoración. La primera de ellas se relaciona directamente con el llamado desvalor de conducta, definido mediante una visión *ex ante*, mientras que la segunda función rescata la importancia del desvalor de resultado,

---

1 Incluso, el lector notará la ausencia de algunos temas (vgr. el relativo al consentimiento como causa de justificación), que no se trataron por falta de profundidad en el estudio previo.

concebido desde un punto de vista *ex post*[2]. La sistemática para desarrollar los diversos elementos del delito, y su fundamentación, la tomo de mi maestro Santiago Mir Puig.

Quisiera agradecer a la Fundación Alexander V on Humboldt, al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), a la Sociedad Científica Max-Planck, así como al antiguo CONICIT, haber financiado mis estadías en el *Max-Planck-Institut*, durante los veranos del 2001, 2009, 2010, 2011 y 2013. Igualmente, agradezco la acogida en ese instituto a los profesores Dr. Dr. h.c. mult Albin Eser y Ulrich Sieber, directores en los años de las referidas estancias de investigación, y a mis buenos amigos Kai Ambos, Jan Simon y Pablo Galain toda la ayuda prestada durante las mismas.

A Lorena agradezco, además, la motivación para culminar esta obra, así como sus agudas críticas y observaciones.

Caracas, 22 de octubre de 2014

2 Al respecto, vid. mi tesis doctoral *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, Liber -segunda edición-, 2008, págs. 177 y ss.

ÍNDICE

ABREVIATURAS

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Ministerio de Interior y de Justicia, Madrid).

AP: Actualidad Penal (La Ley, Madrid).

AT: Allgemeiner Teil (Parte General).

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal supremo federal alemán).

CCGPJ: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial (Madrid).

COJM: Código orgánico de justicia militar (Venezuela).

CP: Código penal venezolano.

CPC: Cuadernos de Política Criminal (Edersa, Madrid).

DP: Derecho Penal.

FS: Festschrift (homenaje).

GA: Goltdammers Archiv für Strafrecht (R.v. Decker´s Verlag).

JA: Juristische Arbeitsblätter (Verlag Vahlen).

Jura: Juristische Ausbildung (Walter de Gruyter).

JuS: Juristische Schulung. (C.H. Beck).

JZ: Juristenzeitung (Verlag J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-).

LAC: Ley anticorrupción.

LHRVA: Ley sobre el hurto y robo de vehículos automotores.

LK:	Leipziger Kommentar (Walter de Gruyter).
La Ley:	Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Edilex).
LOCDO:	Ley orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento del terrorismo.
LOCTICSEP:	Ley orgánica contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.
LOPNNA:	Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes.
LOSPCPNB:	Ley orgánica del servicio de policía y del cuerpo de policía nacional bolivariana.
NPP:	Nuevo Pensamiento Penal (Depalma, Buenos Aires).
PG:	Parte general.
RFCJP:	Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Central de Venezuela).
RFDUCM:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
RFPGR:	Revista de la Fundación Procuraduría General de la República (Caracas).
sc:	*scilicet.*
StGB:	Strafgesetzbuch (Código penal alemán).
STSJ:	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela).
TS:	Tribunal Supremo (España).
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela).
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Walter de Gruyter).

OBRAS GENERALES (abreviaturas)

-Agudelo Betancour, Nodier: *Curso de Derecho penal. Esquemas del delito*, Temis, Bogotá, 2007 (*Curso*)

-Arteaga Sánchez, Alberto: *Derecho penal venezolano*, Alvaro Nora Libros Jurídicos, Caracas, 2012 (*DP*).

-Bacigalupo, Enrique: *Lineamientos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1978 (*Lineamientos*).

-Bacigalupo, Enrique: *Principios de Derecho penal*, Akal-Iure, Madrid, 1997 (*Principios*).

-Baumann-Weber-Mitsch: *Strafrecht. AT*, Gieseking, Bielefeld, 2003 (*AT*)

-Bettiol, Giuseppe: *Instituciones de Derecho penal y procesal* -trad. de Gutiérrez-Alviz, Bosch, Barcelona, 1977 (*Instituciones*).

-Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal. PG* -con la colaboración de Hormazábal-, PPU, Barcelona, 1994 *(Manual).*

-Bustos-Hormazábal: *Lecciones de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2006 (*Lecciones*).

-Chiossone, Tulio: *Manual de Derecho penal venezolano*, UCV, Caracas, 1981 (*Manual*).

-Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 2005, tomo II –reimpresión sexta edición– (*Curso*).

-Cobo-Vives: *Derecho penal. PG,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (*DP*).

-Cuello Contreras, Joaquín: *El Derecho penal español. PG*, Dykinson, Madrid, 2002 (*PG*).

-Donna, Edgardo: *Teoría del delito y de la pena (Imputación delictiva)*, Astrea, Buenos Aires, 1995 (*Teoría*).

-Eser-Burkhardt: *Derecho Penal* –trad. de S. Bacigalupo y Cancio Meliá–, Colex, Madrid, 1995 (*DP*).

-Frister, Helmut*: Strafrecht. AT*, C.H.Beck, München, 2011 (*AT*).

-Gómez Benítez, José Manuel: *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1992 (*Teoría*).

-Grisanti Aveledo, Hernando: *Lecciones de Derecho Penal. PG*, Vadell hermanos editores, Valencia (Venezuela)-Caracas, 1999 (*Lecciones*).

-Gropp, Walter: *Strafrecht. AT*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2005 (*AT*).

-Haft, Fritjof: *Strafrecht. AT*, C.H. Beck, München, 2004 (*AT*).

-v. Hippel, Robert: *Deutsches Strafrecht*, Julius Springer, Berlin, 1930 (*Strafrecht*).

-Jakobs, Günther: *Strafrecht. AT*, Walter de Gruyter, Berli-New York. 1993 (*PG*).

-Jakobs, Günther: *Derecho Penal. PG* –trad. de Cuello y Serrano–, Marcial Pons, Madrid, 1995 (*AT*).

-Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal* –trad de Mir Puig y Muñoz Conde– Bosch, Barcelona, 1978 *(Tratado*).

-Jescheck-Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. AT,* Duncker & Humblot, Berlin, 1996 (*AT*).

-Jiménez de Asúa, Luis: *La ley y el delito*, Sudamericana, Buenos Aires, 1980.

-Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1963 (*Tratado*).

-Kindhäuser, Urs: *Strafrecht. AT*, Nomos, Baden-Baden, 2009 (*AT*).

-Köhler, Michael: *Strafrecht. AT*, Springer, Berlin, 1997 (*AT*).

-Kühl, Kristian: *Strafrecht.* AT, Vahlen, München, 2012 (*AT*).

-Liszt-Schmidt: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1932, (*Lehrbuch*).

-v. Liszt, Franz: *Tratado de Derecho Penal* (trad. de la 20° edición alemana por Jiménez de Asúa. Adiciones de Derecho penal español de Quintiliano Saldaña), Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f, tomo II, tercera edición (*Tratado*).

-Luzón Peña, Diego: *Curso de Derecho penal. PG I*, Universitas, Madrid, 1996 (*Curso*).

-Maggiore, Giuseppe: *Derecho penal* –trad. de Ortega Torres–, Temis, Bogotá, 1985 (DP).

-Maurach-Zipf: *Strafrecht. AT*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, tomo I (*AT*).

-Maurach-Zipf: *Derecho Penal. PG* –trad. de Bofill y Aimone–, Astrea, Buenos Aires, 1994 (*DP*).

-Mayer, M.E.: *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts –Lehrbuch–*, Carl Winter, 1923, Heidelberg (*Lehrbuch 1923*; *Lehrbuch 1915*).

-Mendoza Troconis, José Rafael: *Curso de Derecho penal venezolano. PG*, Empresa “El Cojo”, Caracas, 10 ° edición, 1986 (*Curso*).

-Merkel, Adolf: *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1889 (*Lehrbuch*)

-Mezger, Edmund: *Tratado de Derecho penal* –trad. y revisión de Rodríguez Muñoz–, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, tomo I (*Tratado*).

-Mir Puig, Santiago: *Derecho penal. PG*, Reppertor, Barcelona, 2011 (*DP*).

-Muñoz Conde-García Arán, *Derecho Penal. PG*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (*DP*).

-Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno. PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, tomo I (*Curso*).

-Otto, Harro: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 2004, Walter de Gruyter, Berlin-New York (*Grundkurs*).

-Quintero Olivares, Gonzalo: *Parte general del Derecho penal* –con la colaboración de Morales Prats–, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010 (*PG*).

-Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal. PG*, Temis, Bogotá, 1987 (*DP*).

-Righi-Fernández: *Derecho penal (La ley. El delito. El proceso y la pena)*, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 1996, (*DP*).

-Rodríguez Morales, Alejandro: *Síntesis de Derecho penal. PG*, Paredes editores, Caracas, 2006 (*Síntesis*).

-Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho penal. PG*, Civitas, Madrid, 1978 (*DP*).

-Roxin, Claus: *Strafrecht. AT*, C.H.Beck, München, 2006, vol. I; vol II, 2003 (*AT*).

-Roxin, Claus: *Derecho Penal. PG* –trad. y notas de Luzón, Díaz y de Vicente–, Civitas, Madrid, 1997 (*DP*).

-Sauer, Wilhelm: *Derecho Penal. PG* -trad. de del Rosal y Cerezo Mir-, Bosch, Barcelona, 1956 (*DP*).

-Schmidhäuser, Eberhard: *Strafrecht. AT –Lehrbuch–*, 1975, Mohr, Tübingen (*AT*).

-Schönke-Schröeder: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H.Beck, 28º edición, München, 2010.

-Stratenwerth-Kuhlen: *Strafrecht. AT*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004 (AT).

-Stratenwerth, Günter: *Derecho Penal. PG, I* –trad. de Gladys Romero–, Edersa, Madrid, 1982 (*DP*).

-Velásquez; Fernando: *Derecho penal. PG*, Comlibros, Medellín-Bogotá, 2009 (*DP*).

-Welzel, Hans: *Derecho penal alemán* –trad. de la undécima edición alemana por Bustos y Yañez–, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993 (*DP*).

-*Wessels-Beulke*, Strafrecht. AT, C.F.Müller, Heidelberg, 2012 (AT).

-Zaffaroni, Eugenio: *Derecho Penal. PG* –con las colaboraciones de Alagia y Slokar–, Ediar, Buenos Aires, 2002 (*DP*).

-Zaffaroni, Eugenio: *Manual de Derecho Penal. PG*, Ediar, Buenos Aires, 1997 (*Manual*).

CAPÍTULO I
LA CONDUCTA

Bibliografía concreta citada

Beling, Ernst: *Die Lehre von Verbrechen*, J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-, 1906; Bloy, René: <<Finaler und sozialer Handlungsbegriff>>, en *ZStW*, tomo 90 (1978), págs. 609 y ss; Cerezo Mir, José: <<El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal>>, en, del mismo autor, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, págs. 15 y ss; Córdoba Roda, Juan: *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*. Ariel, Barcelona, 1963; Gimbernat, Enrique: <<Sobre los conceptos de omisión y comportamiento>>, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 182 y ss; Hardwig, Werner: *Die Zurechnung*, Cram. de Gruyter & Co., Hamburg, 1957; Herzberg, Dietrich: <<Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito "pretípica" >> -trad. de Rodríguez Montañés-, en, Luzón Peña-Mir Puig (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Ciencias Jurídicas-Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 21 y ss; Jaén Vallejo, Manuel: *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994; Jakobs, Günther: <<El concepto jurídico-penal de acción>> -trad. de Cancio Meliá-, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Civitas-UAM, Madrid, 1997, págs. 101 y ss; Jescheck, Hans-Heinrich: <<Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung>>, en *FS für Eberhard Schmidt zum Geburgstag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, págs. 139-155; Kaufmann, Armin: <<Sobre el estado de la doctrina del injusto personal>> -trad. de Schiffrin-, en *NPP*, 1975, págs. 159 y ss; Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg: <<Vorbem §§ 13>>, en Schönke-Schröeder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, págs. 130 y ss; Luzón Peña, Diego-Manuel: <<Falta de acción: movimientos reflejos. Comentario a la sentencia TS 5-7-1973>>, en, del mismo autor, *Derecho penal de la circulación*, PPU, Barcelona, 1990, págs.15 y ss; Maihofer, Werner: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, Tübingen; el mismo: <<Der soziale Handlungsbegriff>>, en *FS für Eb. Schmidt*, cit., págs. 156 y ss; Marinucci, Giorgio: *El delito como "acción". Crítica de un dogma* -trad. de Sáinz-Cantero Caparrós-, Marcial Pons,

Madrid-Barcelona, 1998; Mir Puig, Santiago: <<Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho>>, en, del mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 29 y ss; Modolell González, Juan Luis: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Liber, Caracas, 2008; el mismo: *Persona jurídica y responsabilidad penal*, UCV, Caracas, 2002; el mismo: <<La responsabilidad penal de la persona jurídica>>, en *RFPGR*, nº 15, 1996, págs. 13 y ss; Muñoz Conde, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975; Pessoa, Nelson:<<Imputación objetiva y concepto de acción>>, en *Teorías actuales del Derecho penal -Homenaje al Código penal argentino-*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 199 y ss; Radbruch, Gustav: <<Zur Systematik der Verbrechenslehre>>, en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank*, tomo I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, págs. 158 y ss; Rodríguez Muñoz, José Arturo: *Notas al Tratado de Mezger*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946; *el mismo*: *La doctrina de la acción finalista*, Universidad de Valencia, Valencia, 1977 -reimpresión de la segunda edición-; Roxin, Claus: <<Contribución a la crítica de la teoría final de la acción>> -trad. de Luzón Peña-, en, del mismo autor, *Problemas básicos del Derecho penal*, Edit. Reus, Madrid, 1991, págs. 84 y ss; el mismo: *Política criminal y sistema del Derecho penal* -trad. de Muñoz Conde-, Hammurabi, Buenos Aires, 2000; Schewe, Günter: *Reflexbewegung-Handlung-Vorsatz*, Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1972; Schmidhäuser, Eberhard: <<Was ist aus der finales Handlungslehre geworden?>>, en *JZ*, 1986, págs. 109 y ss; Schmidt, Eberhard: <<Anotaciones al *Lerhbuch* de v. Liszt>>, en Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*; el mismo: <<Soziale Handlungslehre>>, en *FS für Karl Engisch zum 70. Geburgstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. Main, 1969, págs. 339 y ss; Schünemann, Bernd: <<La política criminal y el sistema de Derecho penal>> -trad de Martínez Escamilla-, en *ADPCP*, 1991, págs. 693 y ss; Silva Sánchez, Jesús-María: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986; el mismo: <<Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción>>, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, págs. 13 y ss (también se cita el original, *ADPCP*, 1991, págs. 1 y ss); Struensee, Eberhard: <<El tipo subjetivo del delito imprudente>> -trad. de Cuello Contreras con la colaboración de Serrano González de Murillo-, en *ADPCP*, 1987, págs. 423 y ss; Welzel, Hans: *El Nuevo sistema del Derecho penal* -trad. de Cerezo Mir-, Ariel, Barcelona, 1964; *el mismo*: <<Studien zum System des Strafrecht>>, en *ZStW*, tomo 58, 1939, págs. 491 y ss; *el mismo*: <<Kausalität und Handlung>>, en *ZStW*, tomo 51,1931, págs. 703 y ss; *el mismo*: *Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburg, 1964.

I.- Introducción

Tradicionalmente el delito se ha definido como una *acción* típica, antijurídica y culpable. El propio artículo 61 CP se refiere a la "acción" y a la "omisión" como formas del delito. Utilizaré el término *conducta* para aludir al presupuesto necesario del análisis valorativo del delito, término gráfico para nombrar hechos de carácter *conducible*, actos que la persona pueda "guiar" o "dirigir".

El análisis de la conducta en sí mismo carece de sentido, de allí que en la práctica solo se realice una vez que ella demuestra alguna relevancia penal. En efecto, si una persona camina tranquilamente por una calle no es necesario preguntarse, desde el punto de vista jurídico-penal, si ese hecho constituye una acción o una omisión. Simplemente, no existe importancia alguna del hecho[1]. La relevancia usualmente se determinará por la lesión o peligro del bien jurídico protegido[2], o por la infracción (desobediencia) de la norma. Así, en el caso del homicidio la relevancia viene dada por la lesión o puesta en peligro de la vida.

II.- Evolución dogmática del concepto de conducta

En el desarrollo de la moderna teoría del delito podemos apreciar dos formas distintas de entender el concepto de conducta, bien que la misma se defina aludiendo a la realidad natural de los acontecimientos, a la llamada "naturaleza de las cosas" (concepción ontológica)[3], o bien se acuda para su definición a una apreciación valorativa por parte del intérprete. De esta forma podemos distinguir entre un concepto "natural" de conducta y un concepto "valorativo".

---

1 Mir Puig, *DP*, pág. 177 -2-

2 Ibídem, pág. 177 -3-.

3 Para ello se atiende a la realidad natural de los fenómenos, a sus características tangibles y verificables.

1. Concepciones naturalistas

Dentro de este grupo se ubican los conceptos causal-mecanicista de v. Liszt[4] y la concepción finalista de Welzel[5].

A.- El concepto *causal-mecanicista*

Concibe la acción como un movimiento corporal causalmente relacionado con un resultado material, abstracción hecha de su significación jurídica. El acto "...es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediente de un cambio en el mundo exterior"[6]. Destacan en este concepto las siguientes características: en primer lugar, el acto supone una manifestación de voluntad (voluntariedad) y es sinónimo de "impulso de la voluntad", físicamente definido como "inervación" y, desde un punto de vista psicológico, se define como el fenómeno de la conciencia mediante el cual se establecen las causas[7]. Según lo anterior, la existencia de una acción no se determina por el fin que persigue la persona (vgr. matar a la víctima, apropiarse del libro ajeno, etc.), sino por el simple "impulso de la voluntad". El contenido de la voluntad, el fin concreto perseguido por el autor, no es relevante para determinar la existencia de una acción[8].

Por otra parte, la manifestación de voluntad abarca tanto la acción (actuar postivamente, vgr. disparar, tomar la cosa ajena, forzar sexualmente a la víctima, etc.) como la omisión de un movimiento del cuerpo[9]. En relación a este último aspecto, nótese que v. Liszt habla de la

---

4 Califican esta concepción de "natural", Maurach-Zipf, *AT*, 198 -33-; *PG*, pág. 199 -33-.

5 Le atribuye un carácter ontológico al concepto de conducta de v. Liszt y Welzel, Schünemann: <<La política criminal y el sistema...>>, págs. 696 y ss.

6 V. Liszt, *Tratado*, tomo II, pág. 297. Entiende el delito, dentro de esta clásica concepción, como una acción a la cual se le agregan las características del delito, Beling: *Die Lehre von Verbrechen*, pág. 7 y ss. Sigue el concepto de v. Liszt, Mendoza Troconis, *Curso*, tomo I, págs. 340 y ss.

7 V. Liszt, *Tratado*, tomo II, pág. 297.

8 Sobre la distinción entre el impulso de la voluntad y el contenido de esta, vid. Rodríguez Mourullo, *DP*, págs. 214 y ss.

9 V. Liszt, *Tratado*, tomo II, pág. 297. Si bien el concepto de v. Liszt se refiere a la actividad corporal (concepción mecanicista del acto), incluye el "motivo" como parte esencial, el cual consiste en la representación, acompañada de un

causa que no impide "un cambio en el mundo exterior". Igualmente, el concepto de acción referido supone que la voluntad deba manifestarse externamente, es decir, no se trata de un simple pensamiento delictivo sino de un acto externo a la psiquis del individuo. Además, se exige la aparición de un cambio, aunque sea pasajero, en el mundo exterior perceptible sensorialmente, cambio denominado *resultado*[10]. De acuerdo a lo anterior, todos los delitos se componen de un acto positivo (un hacer) y de un resultado material (cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos).

Se trata de un concepto de acción *causal-naturalístico* que respondía al positivismo propio de la época[11]. Ahora bien, dicho concepto se presenta con tal simplicidad que se hace fácil objeto de críticas[12]. Así, la afirmación según la cual el concepto de acto abarca tanto la acción como la omisión, resulta desde todo punto de vista insostenible si el acto se define como una "acción positiva". La omisión constituye precisamente todo lo contrario a un hacer positivo, aunque ella no se entienda como un "no hacer nada" sino como la ausencia de una conducta determinada exigida por la norma (socorrer al necesitado, acatar la orden del tribunal de acudir a declarar como testigo, etc.). Por otra parte, no se puede afirmar que la omisión *cause* una modificación del mundo exterior, lo cual es imposible desde un punto de vista naturalístico. En efecto, como se expresa, de un no hacer no puede "surgir" algo, conclusión cierta desde un punto de vista científico-natural.

Igualmente, en relación a los delitos de acción, se puede argumentar contra el concepto de v. Liszt que no todo cambio en el mundo exterior interesa al Derecho penal, de allí que si bien desde un punto de vista científico-natural pudiera afirmarse que la acción produce un cambio exterior, muchas veces el mismo será irrelevante para el Derecho penal. Así, el delito de falso testimonio (art. 242 CP) implica acudir como testigo ante la autoridad judicial, y emitir una declaración falsa. Desde

sentimiento de placer, de los cambios en el mundo exterior que conlleva la manifestación de voluntad (Ídem).

10 V. Liszt, *Tratado*, tomo II, pág. 300.

11 Mir Puig, *DP*, pág. 179 -9-. En general, sobre el desarrollo del concepto clásico de acción, vid. Jescheck: <<Der strafrechtliche Handlungsbegriff...>>, págs. 142 y ss.

12 Agudelo, *Curso*, págs. 32 y ss -especialmente 34 y ss-.

el punto de vista físico-natural, indudablemente habrá un cambio en el mundo exterior ya que, parafraseando a *v. Liszt*, las ondas sonoras emitidas por el declarante producirán un efecto físico en el ambiente. Sin embargo, en este delito lo relevante no es el referido cambio natural sino la mera conducta del autor que declara falsamente, independientemente de que produzca un "cambio físico en el mundo exterior". Incluso, volviendo al ejemplo, atestiguar falsamente en un tribunal es punible aunque ello no tenga incidencia alguna en el juicio.

B. Acción final

La otra concepción de carácter naturalista es la doctrina de *la acción final* de Welzel la cual representó en su momento, al menos desde un punto de vista teórico, un cambio radical de la sistemática del delito que dio origen a la famosa lucha entre el "causalismo" y el "finalismo", discusión superada hace algún tiempo[13].

Para Welzel, la actividad final está dirigida concientemente en función del fin perseguido por la persona, en cambio el acontecer causal solo constituye el resultado producto de la constelación de *causas* existentes en cada momento[14]. La vida, afirma Welzel, se estructura sobre la actividad final del hombre lo cual presupone que los miembros de la sociedad puedan actuar conscientes del fin, denominándose "acción" (únicamente) a dicha actividad final[15]. La diferencia entre esta acción final y el simple suceso de la naturaleza radica en que este último no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar sino que transcurre ciegamente, o bien se adecúa al fin pero sin conciencia de este, de for-

---

13 Así, Roxin: *Política criminal y sistema...*, pág. 39; Jakobs, <<El concepto jurídico-penal de acción>>, pág. 101.

14 *El nuevo sistema...*, pág. 25. También sobre el concepto final de acción de Welzel, vid. su *DP*, págs. 53 y ss; del mismo autor, <<Studien zum System...>>, pág. 498. De cierta forma se vislumbra esta concepción de la acción, aunque refiriéndose a la acción propia atribuible a un sujeto, y en este último sentido "objetivamente imputable" (*objektive zurenchenbar*), en Welzel: <<Kausalität und Handlung>>, pág. 720: "Como acto u acción atribuible a un sujeto, y en este sentido objetivamente imputable, es todo resultado típicamente establecido, el cual fue dispuesto con sentido por el autor, o cuya evitación era previsible y disponible con sentido".

15 *DP*, pág. 37.

ma instintiva[16]. Según esto, continúa Welzel, la acción constituye un acontecer final según el cual el ser humano puede prever las posibles consecuencias de su actividad, proponerse fines diversos y dirigir dicha actividad a la consecución de aquellos, conforme a su plan; todo ello diferencia la actividad final del simple acontecer causal, el cual solo es resultado de componentes causales: la causalidad es "ciega" y la finalidad vidente[17]. Por todo ello, sostiene Welzel que la voluntad final constituye la esencia de la acción ya que configura (modifica) objetivamente el acontecer exterior[18]. Según lo anterior, el ser humano se caracteriza por perseguir fines, por lo tanto sus actos propios serán aquellos que pueda controlar, dirigir, enrumbar hacia un fin determinado. La actividad del ser humano que no reúna las características mencionadas solo puede ser definida como un simple suceso natural, igual que la caída de un rayo o un terremoto.

Pero lo fundamental de la concepción de Welzel radica en que el carácter final de la acción se deriva de la propia *naturaleza de las cosas*. Es decir, la finalidad de la acción es una realidad previa al Derecho, que este autor llamó *estructura lógico-objetiva del ser (sachlogischen Strukturen)*, y la cual el legislador no puede desconocer[19]. Dicho gráficamente, la acción humana, en la *realidad*, constituye un acontecer *final*. Por lo tanto, solo los actos *que persigan un fin* podrán ser calificados como acciones. Pero, repito, para Welzel la propia naturaleza de las cosas, la

---

16 Ibídem, págs. 37 y ss. Pudiera decirse, aún cuando se trate de una concepción naturalista, que Welzel es uno de los precursores de la distinción entre el acto con relevancia jurídica (acción final) y el suceso de la naturaleza. Lo criticable pudiese ser que dicho autor recurrió a un criterio natural, la finalidad, para determinar la relevancia "jurídica".

17 Ibídem, págs. 39 y ss; del mismo autor, *El nuevo sistema*, cit., pág. 25.

18 *DP*, págs. 39 y ss.

19 Welzel, *Vom Bleibenden und Vergänglichen…*, pág. 6. En este sentido, Zaffaroni afirmaba que existe una identidad total entre el concepto óntico-ontológico de conducta y el concepto jurídico-penal; para dicho autor, "no hay un concepto jurídico-penal de conducta" (*Manual*, pág. 344). Considera Pessoa que el componente final constituye un límite al legislador (<<Imputación objetiva y concepto de acción>>, pág. 209).

propia realidad, obliga al legislador y al intérprete a admitir el componente final en la acción[20].

En el delito doloso, el componente final aludido por Welzel se conforma precisamente por el dolo del autor, lo cual acarreó su desplazamiento desde la culpabilidad hacia el tipo, es decir, el dolo ya no se estudiaría como un elemento de la culpabilidad sino en el propio tipo penal. Es de resaltar este último aspecto: Welzel no ubicó el dolo en el elemento conducta, como parecería ser lo lógico según toda la argumentación expuesta, sino en el *tipo penal*, siguiente elemento del delito[21]. Esta contradicción se tradujo en que el concepto de acción final trajera las mismas consecuencias que el concepto causal-mecanicista de acción criticado por el finalismo, concretamente en lo concerniente a las causas que excluyen el comportamiento[22]. La modificación estructural del delito, que en teoría sería consecuencia del concepto de acción final, ocurrió paradójicamente no en la propia acción sino en los elementos "tipo penal" y "culpabilidad". Por lo tanto, la antigua lucha entre causalistas y finalistas fue realmente un debate sobre el tipo penal y la culpabilidad, no sobre la acción. En suma, como sostiene un sector de la doctrina, se trató de una discusión sobre la ubicación sistemática del dolo.

---

20 Sobre el concepto de acción final, Jescheck, <<Der strafrechtliche Handlungsbegriff...>>, cit., pag. 146 y ss. En general, sobre esta teoría de la acción final, vid. Córdoba Roda: *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*. También, Rodríguez Muñoz: *La Doctrina de la acción finalista*. Comparten actualmente el concepto de acción final, entre otros, Stratenwerth/ Kuhlen, *AT*, pág. 67 -9-; Cerezo Mir, *Curso*, tomo II, págs. 47 y ss. En relación al balance contemporáneo de la doctrina de la acción final, vid. Schmidhäuser: <<Was ist aus der finales Handlungslehre geworden?>>, en *JZ*, págs. 109 y ss. Para Hardwig la doctrina de la acción final llenó de sentido el concepto de acción, el cual se encontraba "marchito hasta la desfiguración bajo el dogma causal" (*Die Zurechnung*, pág. 82). Aunque reconoce este autor las deficiencias del mismo, sobre todo en lo que se refiere al delito culposo (Ídem). En contra de acudir al ontologismo para crear un concepto de acción (y específicamente contra la metodología welzeliana), Marinucci, *El delito como "acción"...,* págs. 58 y ss. Sobre la crítica a la teoría final de la acción, vid. Roxin, <<Contribución a la crítica de la teoría final de la acción>>, págs. 84 y ss.

21 Así, críticamente, Marinucci, *El delito como "acción"*..., págs. 61 y ss.

22 Bacigalupo, *Lineamientos*, págs. 28 y ss.

La alusión al componente ontológico (finalidad) para fundamentar la acción fue objeto de duras críticas en la doctrina penal, especialmente de parte de quienes defendían una concepción valorada del delito[23]. En efecto, sostener que un ente natural (estructura ontológica) se imponga al Derecho por el solo hecho de ser tal, sería negar el carácter configurador del Derecho y su vinculación al mundo del "deber ser". Que una norma no pueda "convertir a un hombre en mujer", no es porque la naturaleza se lo impida sino consecuencia de que determinadas valoraciones sociales no lo consideran conveniente, o necesario. Es objetivo del Derecho dictar reglas de conducta para lograr determinados fines. Obviamente, los fines irrealizables o de imposible ejecución no pueden ser logrados mediante las normas jurídicas, pero las normas pueden dar a la realidad su propia visión (jurídica), para lograr determinados fines realizables.

Por otra parte, al concepto de acción final también se le criticó su inviabilidad para explicar el delito culposo, el cual supone una acción que precisamente no persigue un fin penalmente relevante[24]. Como explicaré en otro capítulo, el delito culposo se caracteriza porque el autor no persigue un fin delictivo como tal (por ejemplo, ir a exceso de velocidad, limpiar un arma de fuego, operar a un paciente), aunque la lesión o el peligro para el bien jurídico (la muerte de un peatón, la lesión producida en una persona a causa de un disparo que se le escapó a quien limpiaba el arma, la muerte del paciente por dejar material quirúrgico en el cuerpo, etc.) se le atribuya por no haber guardado el cuidado debido al realizar la actividad riesgosa.

No obstante, el finalismo ortodoxo, concretamente el propio Welzel, salió al paso de las críticas argumentando que en el tipo culposo lo relevante no son tanto los objetivos sino la clase de ejecución de la acción final en relación con las consecuencias intolerables socialmente, que el actor confía en que no se producirán o ni siquiera se plantea su realización. Serían entonces, igualmente, acciones finales las que lesionan el cuidado requerido para evitar tales consecuencias dañosas,

---

23 Sobre esto, véase la citada crítica realizada por Roxin en <<Contribución a la crítica de la teoría final de la acción>>, págs. 84 y ss.

24 Vid. Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 221 y ss. Sobre la finalidad en los delitos culposos, vid. Marinucci, *El delito como "acción"*..., págs. 78 y ss.

por lo tanto en los tipos culposos se relaciona la ejecución concreta (dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo que está orientada a evitar las consecuencias de una acción indeseable socialmente[25]. De esta concepción se desprende que en el tipo culposo lo fundamental es el desvalor que se hace sobre la conducta infractora del deber de cuidado (desvalor de conducta), y no la lesión producida.

Desde mi punto de vista, al referirse Welzel en el tipo culposo a la comparación entre la "dirección concreta de la acción final" y la "conducta modelo que está orientada a evitar las consecuencias de una acción indeseable socialmente", se demuestra que la culpa no tiene naturaleza ontológica sino valorativa. Es decir, la conducta culposa no es una realidad previa, sino que constituye una creación del propio Derecho ya que su determinación se vincula a una posibilidad deseable de conducta, a un modelo ideal de ella. Por lo tanto, esta definición de la culpa resulta contradictoria con las propias premisas del sistema finalista[26].

2. Conceptos normativo-valorativos de conducta

Las siguientes definiciones de la conducta, como elemento del delito, se caracterizan por su fundamentación no tanto en sucesos físicos o naturales (causalidad, psiquis del autor, etc.), sino en categorías jurídicas o en los propios fines que persigue el Derecho penal. En tal sentido, el concepto de conducta se define mediante un juicio apreciativo, un juicio de valor. Dentro de estas definiciones se puede distinguir una variada gama que va desde *la concepción neokantina*, representada principalmente por Mezger, hasta el concepto de "acción negativa" de Herzberg, por mencionar solo algunas.

25 Welzel, *DP*, págs. 155 y ss.

26 Otros partidarios del finalismo han sostenido que si bien en el delito culposo la finalidad es irrelevante, el contenido de la voluntad con relación al medio aplicado y con la forma de su aplicación, sí es penalmente relevante (Así, Cerezo Mir: <<El concepto de la acción finalista como fundamento…>>, págs. 19 y ss). En el caso del sujeto al cual se le dispara el arma de fuego que limpia sin guardar el cuidado debido, hiriendo gravemente a una persona, aunque la finalidad del autor no abarque la muerte, aquella se refiere a la forma descuidada en que se manipuló el arma. En general, sobre la problemática de la acción final y el delito culposo, vid. Cerezo, *Curso*, tomo II, págs. 34 y ss; Struensee: <<El tipo subjetivo del delito imprudente>>, págs. 428 y s.s.

A.- Mezger y el concepto neo-kantiano de conducta

Para esta corriente, el delito constituía un concepto cargado de valor según el cual la acción, término que será sustituido por el de "conducta" o "comportamiento"[27], se definía de acuerdo a su relación con la norma jurídica. Así, Mezger mediante el término "conducta humana" afirma que en el delito donde se requiere una actividad positiva (acción), vgr. apropiarse de un bien ajeno, el autor hace algo que *no debe hacer* infringiendo una *norma prohibitiva*, mientras que en el delito de omisión propia (vgr. no asistir al tribunal para declarar como testigo cuando se le requiere) el autor no ha hecho *algo que debe hacer*, infringiendo una *norma preceptiva*; en los delitos de omisión impropia (vgr. la madre que deja morir al hijo recién nacido, al no suministrarle alimentos) el autor infringe y no acata igualmente una norma preceptiva y prohibitiva[28].

No obstante, aunque admite que la conducta constituye un concepto de valor, reconoce Mezger que los intereses del Derecho penal pueden exigir que no se recargue valorativamente dicho concepto: *el Derecho penal exige que la acción se entienda de modo natural*[29]. Sin embargo, para Mezger no se trata de que el legislador deba entender la acción de modo natural *porque así lo sea en la realidad*, como sostiene el finalismo, sino que al Derecho penal "le conviene" de acuerdo a sus fines (argumento valorativo), entenderla de ese modo. Se aprecia aquí, de manera incipiente, una construcción normativa del elemento "conducta".

Según el citado autor, la conducta representa la más alta unidad respecto a los fenómenos del Derecho punitivo excluyendo de antemano lo que no interesa al Derecho penal[30], lo irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal. Asimismo, la conducta representa un sustantivo al que se añaden todas las restantes características del delito como adjeti-

---

27 Así, habla de conducta humana (*menschlichen Verhaltens*), M.E. Mayer, aunque la misma, según él, se manifieste regularmente como acción (*AT*, 1923, pág. 89). Mientras que v. Hippel incluye el delito dentro del concepto general de "conducta humana jurídicamente relevante" (*Strafrecht*, pág. 126).

28 Mezger, *Tratado*, págs. 168 y ss.

29 Ibídem, págs. 188 y ss.

30 Ibídem, pág. 172.

vos (atributos), de allí que la acción sea el fundamento estructural del delito[31].

Por otro lado, para Mezger, del concepto de conducta referido también formará parte el resultado, entendido este como la total realización típica exterior. Por lo tanto, comprende, dice este autor, tanto la propia conducta corporal del agente como el resultado externo causado por la misma[32]. Además, la causalidad se ubica en la acción entendida como "hacer activo"[33].

Aunque el término "acción" se sustituyó por el de "conducta", o "comportamiento", términos que en principio aluden a componentes de valor, la esencia del concepto de conducta, al igual que en la visión de v. Liszt, siguió siendo la voluntariedad de allí que se exprese que la conducta dejó de ser "naturalística" aunque siguió siendo causal[34]. No es simple coincidencia que Mezger, como se observa en los párrafos precedentes, haya definido primeramente la conducta aludiendo a su relación con la clase de norma infringida, aunque luego la califique como "conducta corporal" e integre el resultado a la misma. Por lo tanto, se mantiene un trasfondo naturalístico en el concepto descrito.

En todo caso, el concepto de conducta de Mezger se diferencia del de v. Liszt al aludir, aunque de forma tímida, a elementos valorativos, de allí que pueda ser calificado como antecedente fundamental de una concepción normativa de la acción. Además, es clara la afirmación de Mezger de que la acción es un concepto de valor: "Preciso es *conceder* que…el concepto de la "acción" en un sistema del *Derecho* penal es en última instancia un concepto-*valor*"[35]. No obstante, como mencioné,

---

31 Ídem.

32 Ibídem, pág. 175. Críticamente en relación a dicha concepción del resultado, Rodríguez Muñoz, *Notas al Tratado*..., págs. 175 y 176.

33 Mezger, *Tratado*, págs. 212 y ss.

34 Mir Puig, *DP*, pág. 180 -14-. Para Jaén Vallejo no se aprecian diferencias entre el concepto causal-naturalísitico de v. Liszt y el concepto causal-neokantiano de Mezger, ya que en ambos la esencia de la acción "...radica en la causación procedente de la voluntad, sin entrar a conocer el contenido de esta" (*El concepto de acción*..., pág. 31).

35 *Tratado*, pág. 189.

dicho autor expresa a continuación que al Derecho penal le conviene que la conducta se entienda desde un punto de vista natural[36].

B.- La doctrina de la acción social

Dentro de las teorías normativas de la acción se puede mencionar también el concepto de "acción social". Para los partidarios de esta corriente, la acción constituye un "supraconcepto" que abarca tanto la propia acción como la omisión. Lo fundamental para esta teoría no radica en que la acción sea final o causal desde un punto de vista ontológico sino que la misma sea *socialmente relevante*, relevancia que ocurre cuando el comportamiento afecta la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este sus consecuencias[37]. Sin embargo, el comportamiento aparte de manifestarse externamente, debe ser final o "posiblemente final" (posibilidad de finalidad)[38]. Por lo tanto, la relevancia del comportamiento vendrá manifestada tanto por el fin que persigue el autor (vgr. matar a una persona mediante un disparo) y el efecto que dicha conducta produzca externamente (vgr. la muerte de la víctima a consecuencia del disparo)

El concepto de "acción social" fue creado por Eberhard Schmidt para quien la acción no interesa como fenómeno psicológico bajo un punto de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en su dirección efectiva hacia una realidad social (Husserl)[39]. Otro partidario de dicho concepto, Maihofer, sostiene que la acción no es una cosa real "como una mesa o un libro", sino una relación entre el sujeto que actúa y un objeto sobre el cual recae la acción[40]. Igualmente, afirma

---

36 Ibídem, págs. 189 y ss.

37 Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 224.

38 Mir Puig, *DP*, pág. 182 y ss -21-.

39 <<Anotaciones al *Lerhbuch* de v. Liszt>>, pág. 153. También, de este mismo autor, <<Soziale Handlungslehre>>, págs. 340 y ss. Sobre el desarrollo de esta teoría, vid. Bloy, <<Finaler und sozialer Handlungsbegriff>>, págs. 611 y ss. Más recientemente, sostienen este concepto de acción social *Jescheck*, quien define la acción como toda conducta socialmente relevante (<<Der strafrechtliche Handlungsbegriff...>> pág. 151); Maurach-Zipf, *AT*, págs. 210 y ss -67-; *DP*, págs. 266 y s.s. -67 y ss-; también, Rodríguez Mourullo para quien la valoración propia del concepto de acción no se traduce necesariamente en una valoración jurídica (*DP*, págs. 210 y ss).

40 Maihofer, *Der Handlungsbegriff*..., pág. 6.

este autor, la acción es una conducta humana que ha sido dirigida a la producción de una lesión de un bien jurídico penalmente protegido[41].

Al concepto de acción social se la ha criticado que la relevancia social de la acción se deduce de la tipicidad, siguiente elemento del delito, por lo tanto se confunde con la misma y contradice la pretensión de dicha teoría de presentarse como un concepto de acción[42].

C.- Jakobs y el concepto de "acción imputable"

Para Jakobs la acción solo puede determinarse de acuerdo a un esquema de interpretación de la sociedad, por lo tanto solo la acción "imputable" constituye una acción, y la misma manifiesta el no reconocimiento de la vigencia de la norma[43]. Se trata entonces de un concepto valorativo de acción, lleno de sentido. Jakobs en su *Lehrbuch* define la acción como causación evitable de resultado (causación de un resultado individualmente evitable)[44].

D.- Roxin y la conducta como "manifestación de la personalidad"

Según Roxin, la acción debe entenderse como una "manifestación de la personalidad", por lo tanto es acción todo lo que pueda ser atribuido a un ser humano como centro anímico-espiritual, lo cual falta en el caso de efectos que provienen de la esfera somática del ser humano, o "del ámbito material, vital y animal del ser", sin estar sometidos al

41 Ibídem, pág. 72. Sobre el concepto de acción social de este autor, ibídem. págs. 62 y s.s. En otro trabajo define Maihofer la acción social como toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible <<Der soziale Handlungsbegriff>>, pág. 178.

42 Gómez Benítez, *Teoría*, págs. 90 y ss. En sentido similar, le atribuye al concepto de acción social "falta de neutralidad valorativa", Cerezo Mir, *Curso*, 1998, tomo II, pág. 43. Sobre una crítica más general a la llamada "acción social", Marinucci, *El delito como acción*, págs. 62 y ss. Para la relación del concepto de acción social y la imputación objetiva, vid. Modolell, *Bases Fundamentales...*, págs. 87 y ss.

43 Jakobs: <<El concepto jurídico-penal de acción>>, págs. 110 y ss (especialmente, págs. 113 y ss y pág. 118).

44 Vid. *AT*, pág. 140 y ss -27-. Comparte este concepto, Bacigalupo (*Principios*, pág. 169). Según este último autor, la evitabilidad expresa el sentido social que le interesa al Derecho penal.

control del "yo", es decir, a la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano[45]. Así, continúa Roxin, si un sujeto es empujado mediante una fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, en un delirio, en un ataque convulsivo o de modo puramente reflejo, golpea a alguien situado en torno suyo, estaríamos ante manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia, por lo tanto las mismas no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la persona[46].

Para Roxin, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero al permanecer "encerrados en lo interno" y al no relacionarse con los sucesos del mundo exterior, tampoco son "manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones"[47]. Sin embargo, Roxin no explica por qué la acción solo puede ser el resultado de una manifestación de la personalidad. La respuesta a esta interrogante, de "sentido común" para algunos, ayudaría a precisar los límites necesarios del concepto de acción jurídico-penalmente relevante.

Pareciera que Roxin no descarta que la acción tenga también un contenido valorativo importante, aunque lo restringe a aquello necesario para comprobar que concurre una manifestación de la personalidad[48]. Para dicho autor, la determinación de circunstancias como la causalidad, la finalidad, el resultado o la relevancia social, son necesarias en la acción únicamente en la medida en que de ello dependa la

---

45 *AT*, pág. 256 -44-; *DP*, pág. 252 -42-.

46 Ídem. Parecido concepto sostiene Gimbernat, quien define el comportamiento "...como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)" (<<Sobre los conceptos de omisión y comportamiento>>, págs. 189 y ss). Para este autor, el comportamiento se constituye por tres elementos: la consciencia del Yo, el manejo de procesos causales y que no esté condicionado físicamente de manera necesaria (Ibídem, pág. 201). Estas características, según Gimbernat, son comunes tanto a la acción (comportamiento humano activo) como a la omisión (comportamiento humano pasivo).

47 *AT*, pág. 256 -44-; *DP*, pág. 252 -42-.

48 *AT*, pág. 259 -52-; *DP*, pág. 255 -48-.

existencia de una manifestación de la personalidad, aunque por regla general, agrega Roxin, ello no hace ninguna falta[49]. Defiende entonces este autor un concepto relativo de acción, flexible, que puede analizarse desde distintos puntos de vista[50].

E.- La acción como suceso "interpretable"

Según Silva Sánchez, el concepto de conducta cumple una función esencialmente negativa, concretamente la de excluir del injusto, *ab initio,* determinados procesos humanos que no reúnen los requisitos mínimos para ser objeto de normación penal[51]. Para dicho autor, el concepto de conducta tiene como fin decidir qué procesos son *interpretables*, es decir, accesibles a la interpretación típica[52]. El nivel de la acción cumple la función de establecer las condiciones mínimas de los tipos de injusto, es decir, determinar qué procesos pueden prohibirse por ser posible dirigirlos en otro sentido mediante la motivación normativa; por lo tanto, existe una acción en sentido jurídico-penal desde el momento en que no se puede descartar la posibilidad de una incidencia de las directrices de las normas sobre el hecho[53].

Todo lo anterior conduce a este autor a afirmar que si bien el concepto de acción es de carácter normativo, conserva un residuo ontológico representado precisamente por la posibilidad de motivación[54].

Se relaciona esta posición con la sostenida por Mir Puig para quien una estructura ontológica no se impone *per se* al Derecho, sino que es la función atribuida a las normas penales en el Estado moderno la

---

49 *AT*, pág. 260 -53-; *DP*, pág. 256 -49- En relación a la omisión, sostiene este autor que no se puede prescindir, sin excepciones, de la valoración jurídica (*AT*, pág. 261-55-; *DP*, pág. 256 -51-).

50 *AT* pág. 262 -57-; *DP*, pág. 258 -53-. En suma, para *Roxin* el concepto de acción tiene carácter normativo (*AT*, págs. 270 y ss. -74 y 75-; *DP*, págs. 265 y ss. -67 y 68-), de tal modo que en los casos límite debe atenderse a una perspectiva valorativa para determinar si estamos o no ante una acción (*AT*, 270 -74-; *DP*, pág. 265 -67-).

51 *El delito de omisión*, pág. 127.

52 Ibídem, pág. 131. En igual sentido, Silva, <<Sobre los movimientos...>>, pág. 17.

53 Ibídem, pág. 27.

54 Ídem.

que determina la necesidad de un comportamiento humano[55]. De la concepción de Mir Puig se deriva que la función social del Estado, y el fin motivador de la norma derivado de aquella, implica que solo las personas humanas (seres motivables) pueden ser sujetos de acción -de una acción final-[56]. Además, afirma este autor: "Se llega por esta vía a la conclusión de que, por una parte, el comportamiento voluntario (final) constituye un concepto preexistente a la ley penal –en este sentido, <<prejurídico>>– pero también a la de que, por otra parte, su necesidad para la presencia de un delito no es previa al Derecho penal, sino determinada por la función de prevención mediante la motivación propia de la norma penal"[57].

Ambos autores, parten de la posibilidad de motivación como residuo natural de la conducta, pero ese dato se tiene en cuenta no por ser un elemento ontológico que se le impone al legislador, sino por el fin de la norma penal y la función de prevención.

F.- El concepto de "acción negativa" (Herzberg)

Para Herzberg es imposible hablar de un concepto de acción sin aludir a un juicio de valor, por lo tanto el concepto de acción se vincula necesariamente al "examen de los elementos legales"[58]. Si se afirma que el tronco común a todos lo delitos lo constituye la omisión, se rompe, según Herzberg, con la tradición que sostiene un concepto de acción incluso a sabiendas que en él han de ser subsumidas no solo acciones propiamente dichas sino también omisiones[59]. Herzberg "no discute que la mayoría de los delitos se cometen por acción. Estos delitos no se *agotan* en una omisión. Pero también en ellos queda la omisión como el núcleo propio porque la pérdida de la autorepresión, la omisión del posible dominio de sí mismo *fundamenta la responsabilidad*, mientras que la circunstancia de que el autor produzca la no evitación, la expulse fuera de sí activamente, tan solo es *relevante en la medición de*

---

55 <<Función de la pena y teoría del delito...>>, pág. 51.

56 Ídem.

57 Ibídem, págs. 51 y ss.

58 <<Reflexiones...>>, pág. 29; igualmente, págs. 26 y ss; sobre el concepto de acción negativa de Herzberg y Behrendt, vid. Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 222

59 <<Reflexiones...>>, pág. 30

la pena..."[60]. Y agrega este autor: "Liberada de prejuicios tradicionales, nada puede ser más obvio desde una consideración fenomenológica que lo común a todos los delitos radica en una omisión, una falta, dejar de hacer algo que corresponde hacer, en una presentación errónea, en un incumplimiento"[61].

No deja de llamar la atención la afirmación de que la omisión tiene una naturaleza "fenomenológica", es decir, del mundo de la realidad de las cosas, y a su vez se jacte Herzberg de sostener un concepto "jurídico-penal", por lo tanto normativo, de acción: "Quien busca determinar un concepto de acción *específicamente penal* tiene que darle elementos normativos y definir, consecuentemente, el concepto penal de *hecho punible* o el de *hecho antijurídico* (parágrafo 11 I nº 5 StGB)"[62]. Desde el momento en que dicho autor sostiene que en todos los delitos existe un "dejar de hacer algo que corresponde hacer", resulta muy cuesta arriba, por no decir contradictorio, atribuirle a dicha omisión naturaleza "fenomenológica", salvo que Herzberg considere como fenomenológico la "pérdida de la autorepresión", es decir, entienda esto último como un hecho meramente psicológico.

III.- Inutilidad del concepto de conducta

Un sector de la doctrina sostiene la necesidad de que el análisis del delito comience por la tipicidad[63], lo cual se traduce en una posición contraria al concepto de acción como elemento del delito[64]. Esta pos-

60 Ídem.

61 Ibídem, pág. 31.

62 Ibídem, pág. 39, defendiendo a su vez el concepto normativo de acción de Jakobs (Ibídem, págs. 37 y ss).

63 Así, Radbruch, <<Zur Systematik der Verbrechenslehre>>, pág. 162. Implícitamente, Lenckner/Eisele, <<Vorbem §§ 13>>, pág. 146 -37-. Igualmente, Cobo-Vives para quienes la sistemática del delito debe comenzar por la "acción típica", pronunciándose en contra de un concepto general de acción (*DP*, págs. 377 y ss). En este sentido, también Gómez Benítez, *Teoría*, págs. 91 y ss. Armin Kaufmann le niega a la acción el carácter de concepto fundamental de la sistemática del delito (<<Sobre el estado de la doctrina del injusto personal>>, pág. 160).

64 En relación a la necesidad de un concepto de acción, por lo tanto en contra de la tentación de erradicarlo del delito, Marinucci, *El delito como "acción"...*, págs. 21 y ss.

tura funde la acción dentro de la tipicidad, y representa una forma de extremar las concepciones valorativas de la conducta.

IV.- Toma de posición: ¿concepto de conducta ontológico o valorativo?

La determinación de lo que constituye una conducta (concepto de acción) *depende de una decisión valorativa de carácter jurídico*. En efecto, sostener que la conducta tiene carácter ontológico y que en virtud de esa naturaleza se le impone al legislador su reconocimiento, es algo que carece de sentido en un Derecho penal moderno vinculado a fines político-criminales concretos[65]. Desde mi punto de vista, solo una decisión valorativa de carácter político-criminal debe establecer qué concepto de conducta es relevante desde el punto de vista jurídico-penal[66]. Ello, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de que el concepto de conducta se desprenda de una determinada legislación positiva concreta[67].

Dicho lo anterior, hay que plantearse si se trata de sostener un concepto de conducta de carácter jurídico, lo suficientemente flexible para permitir las diversas manifestaciones de entes con capacidad delictiva. En este caso, la conducta no debería referirse exclusivamente a la actividad de un ser humano, sino también a entes como las personas

---

65 Sobre la imposibilidad de un concepto pre-jurídico de acción, es decir, ontológicamente considerado, y su inaplicabilidad en la práctica, vid. nuevamente Roxin: <<Contribución a la crítica...>>, especialmente págs. 85 y ss; 90 y ss; 92 y ss; 113 y ss. Sostenía que la acción es una categoría del ser, Zaffaroni, *Manual*, pág. 338. No obstante, este autor opina actualmente que la acción es un concepto jurídico, ya que el Derecho penal es autónomo para elaborarlo en función de sus intereses (vid. *DP*, pág. 414). Así, dice Zaffaroni, aclarando la concepción de Welzel, que no existe "...un concepto óntico de acción, pero *hay límites ónticos a la construcción jurídico-penal del concepto de acción*" (Ibídem pág. 415). Le atribuye carácter ontológico a su concepto personal de acción, Luzón Peña, *Curso*, págs. 272 y ss.

66 Expresa Muñoz Conde que lo importante no es averiguar si el concepto de acción es causal o final desde un punto de vista ontológico, sino determinar el concepto de acción que sirve de base a los tipos penales (*Introducción al Derecho penal*, pág. 178).

67 Como erróneamente sostiene Marinucci, *El delito como "acción"*..., pág. 33.

jurídicas que, según lo requiera el legislador, podrían ser capaces de cometer un hecho punible. O debería, más bien, el Derecho penal partir de un concepto de conducta que marque la frontera irrebasable del *ius puniendi* del Estado, función previa que definirá el contenido del mencionado concepto. En este sentido, solo la *conducta humana* pudiera cumplir el papel de categoría límite del *ius puniendi* que evitaría una ampliación incontrolada de los posibles destinatarios de la pena[68].

En efecto, la conducta solo puede entenderse desde un punto de vista individual, como conducta humana, pero no porque se trate de una estructura lógico-objetiva del ser que el legislador no pueda desconocer, sino por la siguiente consideración valorativa de carácter político-criminal: *el Derecho penal no puede crear estructuras que impliquen su amplitud, lo que, a futuro, pudiera posibilitar cualquier forma de construcción jurídico penal que implique un peligro para las garantías penales.* Si el Derecho penal cumple la función de control del *ius puniendi* del Estado, debe limitar su objeto de regulación de la forma más clara posible, mediante su acercamiento a la realidad. Esta decisión tiene carácter valorativo: la conducta constituye el objeto sobre el cual recaerán las valoraciones propias del tipo de injusto, aunque para la determinación de ella no necesariamente deba renunciarse a la referencia a la propia realidad fáctica. Ahora bien, insisto, no se trata de que la estructura lógico-objetiva del ser se imponga por sí misma, sino del reconocimiento de una realidad previa por consideraciones de valor.

En contra de lo anterior pudiera argumentarse que el Derecho penal también modifica entes de la realidad para aumentar su ámbito de aplicación, como sería el caso de los delitos de comisión por omisión. Así, pareciera que la comisión por omisión es una construcción artificial creada por la dogmática penal para ampliar su ámbito de aplicación. Sin embargo, la construcción valorativa que constituye el tipo de comisión por omisión se justifica por los problemas derivados del lenguaje utilizado en el tipo. En efecto, cuando el tipo de homicidio utilizó como verbo rector "matar", o "dar muerte", su interpretación se hizo

---

68 Sostiene Zaffaroni un concepto de acción limitante del poder punitivo que sirva como contención del impulso selectivo personal del poder punitivo, además de tener carácter pretípico (Vid. *DP*, págs. 414 y ss).

tradicionalmente desde un punto de vista naturalista[69] (causal). Obviamente, esa interpretación reducía injustificadamente el ámbito de aplicación del tipo, de allí la necesidad de la construcción del delito de comisión por omisión a fin de equiparar el hecho activo de matar con la omisión a la cual puede imputársele la muerte de alguien[70].

Por lo tanto, la conducta cumple fundamentalmente una función límite[71]. Así, fija la materia objeto de valoración y, a su vez, establece límites al propio Derecho penal. En razón de ello, solo la *conducta humana* puede ser relevante para el Derecho penal. Ahora bien, qué requisitos deben exigirse para concluir que determinada actividad humana pueda ser catalogada como "conducta" es un aspecto que, también, solo desde un punto de vista valorativo debe establecerse, aunque dicha determinación tiene carácter negativo: lo relevante es especificar qué sucesos naturales no deben ser considerados como conductas.

Dicho lo anterior, el concepto de conducta que nos interesa en el Derecho penal se define mediante características funcionales y limitantes del propio Derecho penal. De allí que, en primer término, la conducta debe *proceder de un ser humano*. No constituyen una conducta los hechos derivados de animales o de personas jurídicas (sobre esto, vid. *infra*). Igualmente, la conducta humana del hombre debe ser *externa*: el solo pensamiento no puede ser castigado (*cogitationis poena nemo patitur*), solo una conducta externamente manifestada podrá ser objeto del Derecho penal. Por último, son conductas humanas las

---

69 Vid. Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, págs. 21 y ss.

70 Inclusive, un sector de la doctrina penal sostiene que en la omisión también existe un comportamiento, una actividad positiva, precisamente la que realiza el sujeto en vez de la conducta descrita por la ley (así, Mir Puig, *DP*, pág. 187 -33-. Igualmente, Silva Sánchez, *El Delito de Omisión*, pág. 134 -2-). Aún más, en el supuesto de que el sujeto permanezca en un estado de total pasividad se sostiene la existencia de un comportamiento dotado de "significado social positivo" (Mir Puig, *DP*, pág. 188 -34-). Ahora bien, admitir esta tesis significaría sostener un concepto social de conducta ya que solo desde un punto de vista valorativo puede afirmarse que la madre que observa como muere el hijo por inanición, sin hacer absolutamente nada, realiza una conducta penalmente relevante.

71 En relación a las funciones que cumple el concepto de acción (funciones de clasificación, definición y delimitación), vid. Jescheck: <<Der strafrechtliche Handlungsbegriff…>>, págs. 140 y ss; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 219.

conducibles por la voluntad, característica que un sector de la doctrina llama "finalidad"[72], pero que personalmente prefiero denominar *conducibilidad por la voluntad*.

Los problemas relevantes en la conducta, desde un punto de vista jurídico-penal, radican en su carácter humano y en la voluntad constitutiva de la misma[73].

V.- La omisión

Problema importante consiste en determinar cuál es la conducta requerida en los delitos de omisión. En efecto, no todos los delitos exigen una acción positiva por parte del autor (un "hacer"), coexistiendo al lado de esta forma los llamados tipos penales de omisión, es decir, aquellos en los cuales el autor infringe un deber que le impone la obligación de actuar de una forma determinada (vgr., socorrer a la persona en peligro –art. 438 CP–, acudir a un tribunal a declarar como testigo –art. 238 CP–). Al respecto, un sector de la doctrina sostiene que en los delitos de omisión existe un comportamiento, constituido precisamente por aquel que el sujeto realiza en sustitución del que debía realizar (irse del lugar en vez de socorrer a la persona necesitada, o quedarse viendo televisión en vez de acudir al tribunal a declarar como testigo)[74]. Esta última posición es admisible si se parte de un concepto valorativo de conducta en virtud del cual puede afirmarse que la madre que observa como su hijo muere de inanición, sin hacer nada al respecto, realiza un comportamiento. En tal sentido, existe una conducta de la

---

72 Cabe señalar que la doctrina entiende esta finalidad como sinónimo de voluntad, sin aludir al contenido de la misma. Excepción a esta corriente, absolutamente dominante, es la posición de Velásquez quien considera como causa de ausencia de acción los "*acaecimientos en los que no influye la voluntad del agente, por tratarse de accidentes no imputables a un obrar doloso o culposo de su parte*" –caso fortuito– (*DP*, págs. 540 y ss).

73 En general, si bien el concepto de acción ha generado una viva discusión en el ámbito doctrinal, la existencia de la acción en el caso concreto plantea pocas dificultades en la práctica (así, Jaén Vallejo, *El Concepto...*, pág. 61).

74 Vid. Mir Puig y Silva Sánchez, *supra* nota 70; También, Luzón Peña, *Curso,* págs. 269 y s.s. En contra del criterio de Mir Puig y Silva Sánchez, expresamente, Gimbernat: <<Sobre los conceptos...>>, pág. 200 -nota nº 69-.

madre solo desde un punto de vista valorativo, o social[75], no desde un punto de vista natural (ontológico)[76].

En el caso de la omisión, el análisis tiene un contenido necesariamente valorativo ya que, en primer lugar, debe determinarse si el autor no hizo lo que debía hacer, lo cual es semejante a que preliminarmente se exija en los tipos de acción que el autor infrinja una norma que le impone la obligación de abstenerse de realizar una determinada conducta (vgr. "no hurtar"). Ahora bien, la ausencia de la acción debida puede deberse a una de las causas que impiden la realización de una conducta, como la fuerza física irresistible, inconsciencia, etc. De concurrir uno de estos supuestos, se puede afirmar que la omisión es "involuntaria".

VI.- El carácter humano de la conducta: la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Si bien existe una tendencia doctrinal en aumento que sostiene la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica[77], considero que esta no responde penalmente por la imposibilidad de realizar una conducta y de ser culpable. La persona jurídica no es capaz de conducta, pero no por la sujeción a estruturas lógico-objetivas del ser (argumento ontológico), sino por un argumento valorativo de carácter político-criminal: el concepto de "conducta" conveniente para limitar al Derecho penal (razón político-criminal) es el de "conducta humana" (voluntad psicológica-individual)[78]. Aparte de lo anterior, considero

---

75 Así, Mir Puig, aludiendo al ejemplo de Gimbernat del jugador de tenis que deja pasar la pelota que va a caer fuera de los límites de la cancha, caso en el cual existe un comportamiento dotado de un sentido social positivo, y no solo un "no hacer" (*DP*, pág. 188 -nota nº 40-).

76 Sostiene que la omisión constituye un concepto normativo, Marinucci, *El delito como "acción"*…, págs. 74 y ss. Niega que la omisión sea una pura creación normativa, Rodríguez Morullo, *DP*, págs. 224 y ss.

77 En Venezuela, la jurisprudencia pareciera abrir la puerta a esa posibilidad, vid. STSJ 240, del 29 de febrero de 2000 (Sala de Casación Penal); STSJ 384, del 18 de junio de 2009 (Sala Constitucional).

78 Sobre las razones para arribar a esta conclusión, vid. Modolell, *Persona jurídica y responsabilidad penal*, págs. 45 y ss.

que la persona jurídica no puede ser culpable por su imposibilidad de captar el mensaje normativo concreto[79].

VII.- Carácter voluntario de la conducta

La conducta humana debe ser voluntaria en el sentido de dominable por el ser humano. Ahora bien, ¿debe entenderse esta voluntad como "voluntad de fin"?[80] Dicho de otra forma, ¿es relevante preguntarse, en este nivel de análisis del delito, *cuál* era el objetivo perseguido por la persona al momento de realizar la conducta? La pregunta viene al caso porque tanto causalistas como finalistas, en la práctica, han prescindido de la exigencia del análisis del *contenido de la voluntad* en la acción, el cual se realiza en el tipo o en la culpabilidad[81]. El problema del "fin" de la conducta, del objetivo concreto que persigue el autor, solo se plantea en un nivel posterior al de la conducta, específicamente en el tipo penal. En todo caso, pudiera afirmarse que al analizarse la conducta es necesario establecer la existencia de cualquier fin, sea relevante o no, es decir precisar que al menos exista un fin independientemente de cuál sea el mismo[82].

La conclusión precedente ayudaría a la interpretación del último párrafo del artículo 61 CP, según el cual la acción u omisión penada por la ley "se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario".

---

79 Ibídem, págs. 35 y ss.

80 Así, Zaffaroni, para quien una voluntad sin contenido es propia del idealismo (*Manual*, págs. 342 y ss).

81 Al respecto afirma Gimbernat que la teoría final se puede interpretar de dos maneras: "...si se identifica finalidad con voluntariedad, entonces coincide con el concepto causal; si se identifica finalidad con dolo, entonces es una doctrina *normativa* de la acción, esto es: de la *acción típica*, con el inconveniente frente a la otra doctrina de la acción típica (la social) de que esta, por lo menos, abarca dentro de su concepto (<<dominabilidad>>, <<evitabilidad>>) de acción típica tanto a las dolosas como a las imprudentes, mientras que aquélla ni siquiera es capaz de explicar la acción típica *imprudente*" (<<Sobre los conceptos...>>, pág. 208 -nota nº 93-). Considero, en relación a las afirmaciones de Gimbernat, que la teoría final solo puede interpretarse en el primero de los sentidos citados, ya que así se trataría de un concepto ontológico de acción tal y como sostuvo Welzel.

82 Mir Puig, *DP*, pág. 216 -9-.

Esta norma puede entenderse en dos sentidos distintos: primero, en un sentido procesal, se presumiría la simple *voluntariedad* de todos los delitos cometidos, y corresponde desvirtuar esa presunción a quien alegue una de las causas de ausencia de voluntariedad (fuerza física irresistible, inconsciencia, etc). Es decir, se presumiría el llamado "impulso de la voluntad". En un segundo sentido, de Derecho sustantivo, pudiera decirse que dicha norma establece el dolo como principio general de imputación subjetiva en todos los delitos tipificados en el Código Penal, y que para castigar una forma distinta al tipo doloso, el legislador expresamente debe hacer alusión a las modalidades culposas o preterintencionales. De seguirse esta segunda interpretación, la norma sería un complemento del encabezamiento del referido artículo 61, según el cual nadie "...puede ser castigado como reo de delito sin haber tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, *excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión*". En todo caso, se interprete esta disposición en un sentido u otro, queda excluida la posibilidad de sancionar penalmente a una persona aun cuando obre "sin voluntad", se entienda esta como dolo o como voluntariedad. Igualmente, queda descartada la interpretación de esta norma como una forma de presunción del dolo[83].

Personalmente me inclino por la primera posición, según la cual el artículo 61 presume la voluntariedad de la conducta.

Ausencia de voluntad

La voluntad (su impulso) puede faltar a causa de una *fuerza física irresistible*, de un *acto reflejo* o de un estado de *inconsciencia*. Antes de entrar a analizar cada una de las causas de ausencia de voluntad, debe señalarse que la ausencia de un comportamiento humano en el momento concreto de realización del hecho punible no implica necesariamente la inexistencia de una conducta humana relevante. En efecto, siempre que concurra una causa de ausencia de la voluntad, el intérprete debe retrotraerse a la conducta anterior del sujeto, y determinar si la persona *de forma voluntaria* dio origen al supuesto de ausencia

83 Así, Modolell, <<La responsabilidad penal de la persona jurídica>>, pág. 61 -nota 95-.

de conducta (*actio libera in causa*)[84]. Así, el conductor del camión que se queda dormido al volante y atropella a un peatón que cruzaba correctamente una calle, realiza el hecho sin voluntad, sin embargo debe determinarse si ese conductor previamente se percató de los posibles efectos de la somnolencia, es decir, si voluntariamente dio origen a la situación de inconsciencia. Por lo tanto, si el conductor se dio cuenta de su condición y no hizo nada por evitarla, debe considerarse relevante dicha conducta previa. Si bien la doctrina de la *actio libera in causa* se utiliza normalmente en la culpabilidad, su alcance se extiende a los supuestos de ausencia de conducta[85].

Dicho lo anterior, paso a explicar los supuestos de ausencia de voluntad:

1. *Fuerza física irresistible*: según esta causa, falta la conducta si el sujeto no tiene dominio sobre el hecho en virtud de una *coacción física externa de carácter irresistible, la cual se superpone a su voluntad*. Con ello se alude a la violencia física (*vis absoluta*)[86], y no a la coacción psicológica (*vis compulsiva*) la cual únicamente puede acarrear la ausencia de culpabilidad del autor[87], o de cualquier otro elemento del delito. La fuerza debe imponerse al sujeto al punto de que pierda la capacidad de conducción sobre su acto.

En relación a las características que debe reunir la fuerza física para ser considerada como tal, no es necesario que la misma provenga de un ser humano, admitiéndose que pueda proceder de un objeto, de un suceso natural o de un simple hecho físico[88]. Igualmente, se afirma que la fuerza puede ser indirecta, lo que ocurre cuando ella actúa sobre un medio que está bajo el control de una persona. Mir Puig, cita el ejemplo del sujeto que daña los frenos de un vehículo para que su conductor

---

84 En este sentido Bacigalupo, afirmando que debe verificarse si la conducta inmediatamente anterior era evitable (*Principios*, pág. 171). Igual, por todos, Zaffaroni, *Manual*, pág. 361; Mir Puig, *DP*, págs. 215 y ss -4 y ss-; Baumann-Weber-Mitsch, *AT*, pág 209 -29-.

85 Vid. Mir Puig, *DP*, pág. 216 -8-; Luzón, *Curso*, págs. 284 y ss.

86 Gropp, *AT*, pág. 120 -13-.

87 Así, Novoa, *Curso*, tomo I, págs. 280 y ss.

88 En este sentido, Rodríguez Mourullo, *DP*, pág. 234, nota nº 52; Luzón, *Curso*, pág. 277.

cause un atropellamiento[89]. Desde mi punto de vista, lo que determina la ausencia de voluntad es que la fuerza física irresistible, la cual opera sobre el objeto (fuerza física indirecta), *impida su conducción*. En el caso planteado por Mir Puig pudiera pensarse que el daño causado a los frenos no impide dirigir el vehículo en un sentido u otro. Cuestión distinta sería un daño en la dirección del vehículo, que impida precisamente su conducción.

Otra de las características de la fuerza es que deba ser exterior, no pudiendo nacer del componente interno del agente[90]. Por lo tanto, el caso de las convulsiones epilépticas no podría tratarse como un supuesto de fuerza física irresistible.

2. *Movimiento reflejo*: se trata del impulso externo que actúa por vía subcortical periférica pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor sin intervención de la conciencia[91]. En este caso, el sujeto no tiene dominabilidad sobre el hecho (deslumbramientos momentáneos, encandilamiento), por lo cual no existe voluntad[92].

Problema relevante se presenta en relación a los llamados actos impulsivos, o mejor dicho, instintivos, como esquivar la cabeza cuando se intenta golpearla, o cerrar los ojos ante un resplandor[93]. Al respecto, se ha afirmado que en modo alguno constituyen actos reflejos, por lo tanto son voluntarios[94]. Según Roxin, refiriéndose al ejemplo de la

---

89 Mir Puig, *DP*, pág. 221 -30-.

90 Rodríguez Mourullo, *DP*, pág. 233 –citando jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo español–.

91 Mir Puig, *DP*, pág. 222 -33-. Sobre la definición del acto reflejo, aludiendo a la jurisprudencia alemana, vid. Gropp, *AT*, pág. 121 -16-. El concepto reflejo (*Reflexbegriff*) se encuentra, en los escritos psiquiátricos, en la categoría de "delitos (*Straftaten*) incontrolados"; así, Burger-Prinz los iguala al acto irreflexivo, al impulso, suceso y reacción de la acción, caracterizados por un sistema reflexivo de corto circuito (Schewe, *Reflexbewegung...*,pág. 29).

92 Según Gimbernat, los movimientos reflejos no constituyen comportamiento alguno en razón de que la persona se encuentra *físicamente* imposibilitada de actuar de manera distinta (<<Sobre los conceptos...>>, pág. 190).

93 Al respecto, vid. Kühl, *AT*, pág. 14 -7-.

94 Así, Silva Sánchez, <<Sobre los movimientos...>>, págs. 23 y ss (*ADPCP*, págs. 9 y ss). Para este autor estos actos son productos de una motivación (Ibídem, págs. 27 y ss). En relación a los actos de corto circuito o impulsivos, consideran

mujer que conduce un vehículo y un insecto se lanza contra su ojo, si se parte de un concepto causal (movimiento muscular) o final (control planificado) no existiría en este caso acción; en cambio lo correcto, dice Roxin, es afirmar que, aun cuando no exista reflexión consciente, se trata de un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, lo cual basta para considerarlo una manifestación de la personalidad[95]. Para este autor, existe una manifestación de la personalidad en cuanto nos encontramos con productos de la adaptación del aparato anímico a circunstancias o sucesos del mundo exterior[96].

En mi opinión, si bien al comienzo del acto impulsivo pueda que falte la voluntad, y por lo tanto no pueda ser conducido, el sujeto es capaz de controlar las reacciones inmediatamente posteriores al impulso inicial. Así, en el caso de la mujer conductora atacada en el ojo por el insecto, en un primer momento actúa instintivamente (reacción de susto o de alarma ante el hecho), instante que, en mi opinión, es casi de imposible control[97]. No obstante, un adecuado entrenamiento o un simple autocontrol, puede acarrear que la persona conduzca las reacciones posteriores al acto inicial[98]. De manera que, cuando se producen

---

que sí hay voluntad Rodríguez Morullo, *DP*; Bacigalupo, *Principios*, pág. 171; Luzón, *Curso*, pág. 266; Righi-Fernández, *DP*, pág. 137. Para Maurach-Zipf, si bien en este tipo de reacción hay voluntad, la intervención de la misma ocurre a tal velocidad que no deja posibilidad al sujeto de "poner en movimiento una reacción que implica incurrir en aquella acción" (*AT*, págs. 194 y ss -16-; *PG*, pág. 247 -16-).

95 *AT*, vol. I, pág. 267 -67-; *DP*, págs. 261 y 262 –60-. En relación a los actos impulsivos, sostiene Roxin que los mismos por estar dirigidos a una lesión del bien jurídico, constituyen una manifestación de la personalidad (*AT*, vol. I pág. 268 -69-; *DP*, pág. 263 –62-). En sentido similar, Silva Sánchez, <<Sobre los movimientos "impulsivos"...>>, cit. pág. 24 (*ADPCP*, págs. 10 y 11).

96 *AT*, vol I, pág, 269 -71-; *DP*, pág. 264 -64-.

97 Así, expresan Maurach-Zipf, que no hay acción cuando se trata de un movimiento de defensa instintivo, como mover bruscamente el volante por el dolor provocado por la picadura de una avispa (*AT*, pág. 195 -18-; *PG*, pág. 247 -18-).

98 Afirman Eser-Burkhardt que actos semejantes "…son evitables por medio de una influencia voluntaria sobre las disponibilidades de reacción...sobre las que se basan. Pero para ejercer tal influencia siempre es demasiado tarde (al menos no podría excluirse), cuando la disponibilidad de reacción...existente choca contra un <<estímulo>>...adecuado (como sería, la producción súbita de un

reacciones equivocadas ante una situación, no puede considerarse que las mismas sean movimientos reflejos ya que el sujeto puede ser entrenado para controlar dicha situación[99].

3. Inconsciencia: el último caso de ausencia de comportamiento se refiere a la inconsciencia, no a la simple perturbación de la conciencia[100], entre cuyas causas pueden mencionarse el sueño, la embriaguez letárgica y la epilepsia[101]. En todos estos supuestos cobra relevancia lo indicado acerca de la *actio libera in causa*, en el sentido de que debe analizarse el momento previo a la situación de inconsciencia y determinar si el autor se colocó voluntariamente en esa situación.

Existen actos respecto de los cuales se discute si pueden ser considerados voluntarios, actos cuya repetición habitual conlleva una realización poco reflexiva de los mismos (manejar, caminar, etc). Al respecto se afirma que en ellos existe un mínimo de conciencia, de allí su voluntariedad[102]. Otra posición sostiene que los automatismos son

---

peligro). Por lo cual, parece poco adecuada la pregunta sobre si la voluntad dirigida puede ponerse en marcha y evitar el automatismo en la situación concreta. La única alternativa que tiene el sujeto debe verse más bien en que al automatismo se le pueden imponer restricciones *antes* de que surja un impulso desencadenante. Pero este resultado hace suponer que el *punto de conexión* decisivo en el caso de la mosca desde un principio no lo era la reacción impulsiva, sino la *conducción del automóvil como proceso global*. Entonces sería decisivo, si A al producirse el impulso desencadenante ha conducido sin una suficiente disponibilidad para evitar los automatismos peligrosos" (*DP*, pág. 90 -87-). Pareciera que estos autores consideran involuntarios tales hechos, pero aplican una modalidad de *actio libera in causa* para su tratamiento.

99 Así, Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 224, nota 34; en igual sentido, Luzón Peña, <<Falta de acción: movimientos reflejos...>>, pág. 18.

100 Zaffaroni, *DP*, pág. 424.

101 Consideran la epilepsia un supuesto de inconsciencia, Maurach-Zipf, *AT*, pág. 195 -19-; *PG*, pág. 248 -19-; igualmente, Zaffaroni, *Manual*, pág. 363. Silva Sánchez opina que la epilepsia no necesariamente constituye una causa de inimputabilidad (vid., <<Sobre los movimientos...>>, pág. 22, -*ADPCP*, pág. 9-). Por su parte, la considera una causa de inimputabilidad, aunque admite el estado de inconsciencia en la epilepsia, la STSJ 393 del 31 de marzo de 2000 (Sala de Casación Penal).

102 Según Luzón Peña se trata de actos que responden a un estado consciente general; el sujeto es consciente del conjunto de la actividad –andar, comer, conducir un vehículo– que se compone de movimientos parciales, por lo tanto

comportamientos no condicionados físicamente, por lo cual la persona está en capacidad de concienciar en su Yo esa actividad y realizar una conducta distinta[103]. En este mismo sentido se expresa que para afirmar la existencia de un comportamiento no es preciso que la persona quiera cada uno de los movimientos, o de sus no movimientos, sino únicamente que se lleven a cabo mientras el Yo se encuentre consciente y que los mismos no estén condicionados físicamente de forma necesaria[104].

En mi opinión, los actos señalados son "conducibles" ya que el ser humano, por más que los realice sin mayor reflexión, mantiene un mínimo dominio sobre ellos de allí que pueda dejar de hacerlos, o dirigirlos en uno u otro sentido. La persona puede dejar de caminar, o cambiar el rumbo de sus pasos.

---

existe en los mismos un mínimo de voluntad (*Curso*, pág. 267). Desde otro punto de vista, se ha sostenido que las disposición para la acción aprendida también constituye una manifestación de la personalidad, vgr. conducir, caminar, etc. (Roxin, *AT*, pág. 268 -68-; *DP*, pág. 262 -61-). Stratenwerth ha sostenido que los mismos no son voluntarios aunque se trata de una "respuesta personal a la situación", tratándose de acciones dirigidas de tal forma que pueden resultar conscientes (*DP*, pág. 53 -13-).

103 Gimbernat: <<Sobre los conceptos...>>, págs. 188 y 189.

104 Ibídem, pág. 195.

CAPÍTULO II
INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE TIPO PENAL

Bibliografía concreta citada

Álvarez García, Francisco: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Barbero Santos, Marino: <<Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto>>, en *ADPCP*, 1973, págs. 487 y ss; Díaz y García Conlledo, Miguel: <<Los elementos normativos del tipo y la teoría del error>>, en AAVV, *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universitat de Valencia–Institut de Criminologia, Valencia 1997, págs. 657 y ss; Engisch, Karl: <<Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht>>, en *FS für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München–Berlin, 1954, págs 127 y ss; Graul, Eva: <<Unrechtsbegründung und Unrechtsausschlub>> en *JuS*, 1995, 6, págs. 41 y ss; la misma: *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991; Hirsch, Hans–Joachim: <<Preliminar al parágrafo 32 del StGB>>, en *LK*, 11º edición, 1994, vol. II, pág. 101 y ss; Kaufmann, Arthur: <<Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen>>, en *JZ*, 1954, número 21, págs. 653 y ss; Maqueda Abreu, María Luisa: *Los delitos de propia mano*, Tecnos, Madrid, 1992; Modolell González, Juan Luis: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, cit.; Otto, Harro: <<Die Lehre vom Tasbestand un der Deliktsaufbau>>, en *Jura*, 1995, tomo 9, págs. 468 y ss; Rodríguez Montañés, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid–Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* –trad. de Cuello y Serrano–, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2000; Santana Vega, Dulce María: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000; Sax, Walter: <<„Tatbestand" und Rechtsgutverletzung (II)>>, en *JZ*, 14, 1976, págs. 429 y ss; Lenckner–Eisele, <<Previo a los §§ 13 y ss>> en Schönke–Schröder; *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2010, págs. 130 y ss; Schulenburg, Johanna: <<Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut, Deliktsstruktur und objektiver Zurechnung>> en Hefendehl–v.Hirsch–Wohlers (edits.), *Die Rechtsguttheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel*, Baden–Baden, 2003, págs. 244 y ss; Silva Sánchez,

Jesús–María: <<La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico–penal del objeto de la acción>>, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Instituto Peruano de Ciencias Penales–Grijley, Lima, 2000, págs. 169 y ss; Suhr, Christian: <<Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht>>, en *JA*, 1990, vol. 10, págs. 303 y ss; Torío López, Angel: <<Los delitos de peligro hipotético>>, en *ADPCP*, 1981, págs. 825 y ss; v. Weber; Hellmuth: <<Negative Tatbestandsmerkmale>>, en *FS für Edmund Mezger zum 70…*, cit., págs.183 y ss.

I.– Tipo y Tipicidad

El tipo penal alude a la imagen abstracta prevista en la ley penal, en la cual se contempla el supuesto de hecho sancionado con una pena. La figura tiene carácter abstracto en el sentido de que no hace referencia hasta el último detalle posible del hecho, sino a sus elementos más generales[1].

Por su parte, con el término *tipicidad* se hace alusión a una *relación de adecuación* de un hecho cometido a la imagen abstracta contemplada en la ley (tipo)[2], al supuesto de hecho descrito en la ley penal.

II.– Tipo y Antijuricidad

Dentro de los elementos del delito, la doctrina dominante distingue entre el tipo penal y la antijuricidad, entendida esta como el juicio de valor por el cual se determina que un hecho típico está permitido, *excepcionalmente*, por el ordenamiento jurídico–penal. Así, según la distinción anterior matar a alguien en legítima defensa, por ejemplo, constituye un hecho típico aunque permitido por una norma del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el tipo penal determina la relevancia jurídico–penal del hecho, mientras que su prohibición o permisión deriva de la totalidad del ordenamiento jurídico.

La relación del tipo penal con la antijuricidad influye directamente en el ámbito de aquel[3], de allí la importancia de aludir a esa vincula-

---

1 En este sentido, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 252.

2 Ídem.

3 Sobre la forma de estructurar el tipo penal, y su relación con la antijuricidad, vid. Graul: <<Unrechtsbegründung...>>, págs. 41 y ss, igualmente, Otto: <<Die Lehre vom Tatbestand...>>, págs. 468 y ss.

ción. Así, Beling entendía la tipicidad como la simple descripción del hecho contemplado en la ley ("tipo rector"), concepción en virtud de la cual el tipo penal es totalmente independiente de la antijuricidad[4], y se entiende desde un punto de vista exclusivamente formal: el tipo constituye un indicio de la antijuricidad (teoría de la *ratio cognoscendi*)[5].

La concepción *neokantiana* del delito concibió el tipo penal desde un punto de vista valorativo, lo cual modificó su relación con la antijuricidad. En tal sentido, afirma Mezger, el tipo "posee...la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: es *fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad*, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción *no es antijurídica*, a pesar de su tipicidad"[6].

Desde mi punto de vista, la diferencia entre las teorías de la *ratio cognoscendi* y la *ratio essendi* radica en la *manera* como se enfoque la relación entre la tipicidad y la antijuricidad. Así, si dicho vínculo se determina "desde" la tipicidad "hacia" la antijuricidad, el tipo será un simple indicio de esta última. En este supuesto, se trataría de pasos escalonados donde cada uno de los elementos presupone el anterior. En cambio, si se aprecian en su totalidad los dos elementos, es decir como un todo, necesariamente debe concluirse que el tipo penal constituye el fundamento indispensable de la antijuricidad penal: un hecho antijurídico sin un tipo penal previo es irrelevante penalmente, por muy contario a Derecho que sea.

Por su parte, la *doctrina finalista* distingue entre "antinormatividad" y "antijuricidad" de la conducta. Así, para Welzel cuando se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (dar muerte a un hombre), esa conducta contradice la exigencia de la norma, cuestión que denomina dicho autor "antinormatividad"[7]. Ahora bien, agrega Welzel, no toda realización del tipo de una nor-

4 Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 245; Jescheck, *Tratado*, vol. I, pág. 333.

5 Sostienen aún esta teoría, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 253.

6 *Tratado*, págs. 301 y ss; en similar sentido, Sauer, *DP*, págs. 111 y ss. M.E. Mayer afirmó que la tipicidad representa la más importante base de conocimiento de la antijuricidad: "Ellos se comportan como humo y fuego" (*AT*, 1915, pág. 10).

7 *DP*, págs. 59 y ss.

ma prohibitiva es antijurídica ya que el ordenamiento jurídico no se compone solo de normas sino también de preceptos permisivos ("autorizaciones"), que permiten en ciertos casos la conducta típica, como por ejemplo la realización del tipo "dar muerte a un hombre" en caso de legítima defensa[8]. La norma permisiva impide que la norma general (abstracta) se convierta en un deber jurídico concreto para el autor, de allí que la realización de un "tipo de prohibición" sea conforme a Derecho: "*Antijuricidad es, por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto* (no solo con una norma aislada)"[9]. No deja de parecer contradictorio afirmar, como se infiere del pensamiento de Welzel, que la "norma permisiva" posibilita la infracción de la norma prohibitiva, ya que en este caso la norma jurídica (el mandato) emana de la unión de distintos enunciados legales, de ellos se deduce la permisión del hecho.

Por último, debe hacerse referencia a la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo* la cual conlleva la fusión del tipo y la antijuricidad en un solo elemento[10]. De acuerdo a esta teoría, la valoración contenida en el tipo penal debe tener carácter definitivo[11]; el tipo penal contiene en sí el elemento antijuricidad. Desde este punto de vista, el tipo posee elementos que determinan su aspecto *positivo* (conducta, bien jurídico, sujetos, etc.), y elementos (*negativos*) que no deben concurrir para que se pueda afirmar la existencia de un tipo penal (ausencia de una norma que permita realizar el aspecto objetivo del tipo –causas de justificación–). Personalmente considero correcta esta teoría, aunque su sistemática pudiera ser modificada. Así, en el ámbito objetivo del tipo de injusto debe distinguirse el *nivel relativo a la lesión o al peligro del bien jurídico*, lo cual a su vez determina la relevancia del hecho (desvalor de resultado), y el *nivel relativo a la infracción, en abstracto, del deber impuesto por la norma jurídica* (desvalor de acción). En este úl-

8 Ibídem, pág. 60.

9 Ídem.

10 Precursor de esta teoría es Merkel, *Lehrbuch*, págs. 82 y ss; también, como tempranos seguidores, se cita a Frank, Baumgarten, Radbruch (vid. Roxin, *AT*, págs. 286 y ss –13 y ss–; *DP*, págs. 283 y ss –13 y ss–). Sobre esta teoría y su crítica, vid. *Álvarez García*, Introducción..., págs. 70 y ss; críticamente, Hirsch: <<Preliminar al parágrafo 32 del StGB>>, pág. 106 –8– y ss.

11 Mir Puig, *DP*, pág. 157 –27–.

timo nivel debería analizarse toda norma que permita la realización de la conducta, aun de forma excepcional. Por lo tanto, el sujeto que mata a alguien en legítima defensa realiza un desvalor de resultado (lesión relevante del bien jurídico), pero no infringe la norma "permisiva" (no existe desvalor de acción)[12].

No obstante, por fines didácticos, seguiré la tradicional separación entre el tipo y la antijuricidad. Dicha distinción pedagógica puede explicarse de la siguiente manera: a nivel del tipo penal se analiza si el hecho, incluso siendo lesivo para un bien jurídico, forma parte de las permisiones generales de la sociedad, es decir, constituye un hecho que por regla general es admitido socialmente. Por su parte, a nivel de la antijuricidad (ausencia de causas de justificación), se analiza si el hecho típico es permitido "de manera excepcional" por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la relación entre el tipo y la antijuricidad será un vínculo de "regla–excepción"[13].

III.– Estructura del Tipo Penal[14]

Todo tipo penal debe contener, al menos, tres elementos fundamentales: la conducta, los sujetos y el objeto.

1.– Conducta

Constituida por la acción u omisión descrita en la ley y expresada mediante el verbo rector, núcleo del tipo penal (matar, lesionar, apropiarse, no socorrer, etc.)[15]. *El aspecto objetivo de la conducta* puede consistir en una acción (vgr. apropiación de un objeto mueble ajeno –art. 451 CP–) o en una omisión (vgr. no dar aviso inmediato a la autoridad al encontrarse abandonado o perdido un niño menor de siete años u otra persona incapaz de proveer a su propia conservación –art. 438 CP–). En algunos casos, por exigencias típicas, a la conducta se le aña-

12 Sobre todo esto, vid. Modolell, *Bases fundamentales...*, págs. 177 y ss. Sin embargo, a diferencia de lo que expresé en dicha obra, hoy día considero que el análisis mencionado debe comenzar por el desvalor de acción: lo esencial en el injusto es precisar si la conducta contradijo el deber impuesto por la norma.

13 Ibídem, págs. 182 y ss.

14 En este punto, en general, se sigue a Mir Puig, *DP*, págs. 228 y ss –1 y ss–.

15 Así, Bustos, *Manual*, pág. 271; Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 260.

dirá para su consumación un resultado material distinto a la misma (vgr. el homicidio consumado –art. 405 CP– en el cual la descripción de la ley añade a la conducta de matar, la muerte de una persona), mientras que en otros casos el solo comportamiento será suficiente para la realización del tipo (vgr. el tipo de violación de domicilio –art. 183 CP–, que se realiza con la mera acción de introducirse o instalarse en el domicilio ajeno sin consentimiento del dueño). El *aspecto subjetivo* de la conducta se refiere al vínculo interno entre el autor y su hecho, y se manifiesta, según el caso, en el *dolo* (vgr. el tipo de homicidio doloso –art. 405 CP–) o en la *culpa* (vgr. el tipo de lesiones culposas –art. 420 CP–) del autor. Excepcionalmente el tipo penal puede requerir un determinado ánimo o un fin específico, para su realización (elementos subjetivos del tipo distintos al dolo del autor).

2.– Objeto

En el cual se distingue, a su vez, el *bien jurídico* protegido por el tipo penal, el *objeto del bien jurídico* (*Rechtsgutobjekt*), y el *objeto de la acción* (*Handlungsobjekt*). El primero se define como el valor que protege el tipo penal, el interés digno de protección (la vida, la propiedad, la libertad sexual, etc.)[16]. El bien jurídico constituye un concepto ideal[17], por lo tanto imposible de ser lesionado materialmente. Además, el mismo puede ser *individual* en la medida en que su titular sea una persona natural o jurídica, o *supraindividual* cuando la titularidad corresponde a la colectividad en general, por lo tanto, a nadie en particular. El objeto del bien jurídico sería el ente en el cual se concreta (encarna) el interés protegido por el tipo –bien jurídico–[18]. Es de señalar que el ob-

16 Sobre el concepto de bien jurídico vid. Modolell, *Bases fundamentales*..., págs. 235 y ss.

17 Así, Wessels-Beulke, *AT*, pág. 3 –8–; Lenckner–Eisele, <<Previo a los §§ 13 y ss>>, págs. 135 y ss –9–. Bienes jurídicos, dice Sax, son esos "valores abstractos" mismos como la vida y la propiedad, son por lo tanto circunstancias ideales (<<„Tatbestand" und Rechtsgutverletzung (II)>>, pág. 432).

18 Vid. Schulenburg, <<Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut…>>, págs. 248 y ss; Schmidhäuser, *AT*, pág. 37. Según *Sax*, el valor concreto afectado mediante un acto punible, por ejemplo la vida de la persona atacada con intención homicida, o la propiedad de esa determinada persona sobre la cosa mueble robada, no es en sí mismo el bien jurídico protegido sino solo el "objeto" en el cual los valores abstractos "vida" y "propiedad" se realizan

jeto del bien jurídico no necesariamente debe concretarse en un objeto material. Así, existen bienes jurídicos protegidos penalmente como el honor, sin referencia tangible alguna. Por último, el objeto de la acción se constituye por el ente material sobre el cual recae la conducta del autor[19].

3.– Sujetos

La conducta típica debe ser realizada *por alguien* en contra de un interés que, a su vez, podría tener un titular. En tal sentido, se distingue entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. *Sujeto activo*, es aquel que realiza la conducta descrita en el tipo de manera principal (autor), o de forma accesoria (partícipe). Por su parte, el *sujeto pasivo* es el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal. El sujeto pasivo puede ser individual (vgr. una persona natural, el Estado o una empresa), o supraindividual. No obstante, hablar de un sujeto pasivo "supraindividual" significa que no existe un sujeto pasivo como tal, sino que el delito afecta al colectivo social como masa de sujetos indeterminada.

4.– Elementos según la formación del tipo

Desde otro punto de vista, los tipos penales pueden contener elementos descriptivos, normativos y subjetivos. Se refieren al modo como la ley utiliza el lenguaje en la formulación del tipo penal.

Así, los elementos *descriptivos* aluden a hechos que pueden determinarse por el intérprete mediante las ciencias de la naturaleza o a través

---

concretamente, por lo tanto el objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekt*), aclarando este autor en una nota al pie que ello no puede ser confundido, evidentemente, con el objeto de la acción (*Handlungsobjekt*), por ejemplo, la cosa misma quitada (<<"Tatbestand„ und Rechtsgutverletzung (II)>>, pág. 432).

19 Sobre esto, afirma correctamente Suhr: "...El objeto en el cual se presenta la materialización del bien jurídico en el mundo real (*Tatsachenwelt*), es denominado...como objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekt*)... El objeto en el cual se ejecuta la acción punible (y que no es necesariamente idéntico al objeto del bien jurídico) es conocido como objeto de la acción (*Handlungsobjekt*)" (<<Zur Begriffsbestimmung…>>, pág. 308). La importancia del objeto material se evidencia en la problemática relativa a la necesidad de que dicho objeto exista en el momento de la realización de la conducta. Al respecto, vid. Silva Sánchez, <<La dimensión temporal del delito...>>, págs. 173 y ss.

de sus sentidos[20], como por ejemplo las expresiones “mujer” (art. 394 CP), “corporal” (art. 414 CP), “cicatriz” (art. 415 CP), “mano” (art. 414 CP), “pie” (art. 414 CP), etc.

Los *elementos normativos* se caracterizan porque su contenido se define mediante un juicio de valor de carácter jurídico o social. Estos elementos requieren una “especial *valoración* de la situación de hecho”[21]. Ejemplo de estos elementos serían las expresiones “derecho” (art. 175 CP), “domicilio” (art. 183 CP), “falso testimonio” (art. 248 CP), etc. Estos elementos normativos del tipo penal proliferan en los nuevos delitos (por ejemplo, delitos contra el medio ambiente, el sistema bancario o la salud pública). Desde un punto de vista político criminal se ha criticado esta tendencia arguyéndose una afectación al principio de legalidad[22]. No obstante, resulta irreal y poco práctico imaginarse tipos penales con elementos predominantemente naturales ya que, por la complejidad creciente de las relaciones sociales en las cuales se exige la intervención del Derecho penal, la alusión a los elementos normativos necesariamente irá en aumento. En todo caso, no sería descabellado pensar en una infracción al principio de legalidad en el caso de delitos que incorporen elementos normativos que contengan la totalidad de la

---

20 Mezger, *Tratado*, pág. 372; Bustos, *Manual*, pág. 269. Resalta Bustos el hecho de la poca presencia de elementos descriptivos en el tipo (Ídem). En contra de la citada definición, Díaz y García Conlledo: <<Los elementos normativos...>>, págs. 661 y ss; sobre la clasificación de dichos elementos, ibídem, págs. 665 y ss.

21 Mezger, *Tratado*, pág. 374. Como criterio de distinción de un elemento normativo, frente a uno descriptivo, afirma Engisch que generalmente los elementos normativos pueden ser pensados e imaginados solo bajo el presupuesto lógico de una norma (<<Die normativen Tatbestandselemente...>> pág. 147). En igual sentido, Díaz y García Conlledo (<<Los elementos normativos...>>, págs. 660 y ss). No obstante, considera este último autor que ninguna de las definiciones sobre elementos normativos del tipo convencen plenamente en razón de que no existen, o casi no existen, elementos descriptivos o normativos puros, sino que los elementos típicos poseen componentes de ambas clases (Ibídem, págs. 662 y 663). Sobre los antecedentes de los elementos normativos en la doctrina general del Derecho, y sobre el desarrollo de dicho concepto en Mezger, M.E. Mayer y Wolf, vid. Engisch, <<Die normativen Tatbestandselemente...>>, págs. 132 y s.s.

22 Así, Bustos, *Manual*, pág. 285.

conducta, como serían las referencias a la "esclavitud" o a la "trata de esclavos" del artículo 173 CP[23].

Por su parte, los *elementos subjetivos del tipo distintos al dolo del autor* constituyen tendencias, fines, ánimos, etc. que el autor persigue al realizar la conducta típica, los cuales caracterizarán especialmente la misma. A ellos me referiré al explicar el elemento subjetivo del tipo doloso de acción de resultado material.

IV.– Clasificación de los Tipos Penales[24]

1. Según las modalidades del aspecto objetivo de la conducta

A.– Tipos de mera actividad y tipos de resultado material

En los *tipos de mera actividad* la sola conducta típica basta para su perfeccionamiento o consumación (vgr. en el tipo de porte ilícito de armas –art. 272 del CP– basta la posesión del arma; el tipo de violación de domicilio se consuma con la sola entrada, o permanencia, en el domicilio ajeno sin consentimiento del ocupante legítimo –art. 183 del CP–). Dicho técnicamente, *en estos delitos la conducta constituye el principio y el final de la realización típica, el punto final típico*[25]. En cambio, los *tipos de resultado material* exigen para su realización una modificación del mundo exterior espacio–temporalmente separada de la propia conducta (vgr. el tipo de homicidio consumado –art. 405 CP–, el cual exige la muerte de la víctima; el tipo de lesiones consumadas –art. 413 CP–, que requiere la lesión de la integridad física; el tipo de daños consumados –art. 473 CP–, que precisa el daño de la cosa), resultado que

---

23 Expresa ese artículo del CP: "Cualquiera que reduzca a esclavitud a alguna persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años. En igual pena incurrirán los que intervinieren en la trata de esclavos". Como puede apreciarse, la ley no describe la conducta de esclavitud, ni tampoco la de "trata de esclavos". Por lo tanto, la forma indeterminada de descripción permite al juez establecer totalmente la conducta punible.

24 En cuanto a la denominación de las distintas categorías se sigue nuevamente a Mir Puig, *DP*, págs. 231 y ss –17 y ss–.

25 Maurach-Zipf, *AT*, tomo I, pág. 286 –27–; Graul, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, pág. 20.

puede consistir en el propio menoscabo del objeto del bien jurídico, o en un peligro real. Uno de los aspectos que evidencia la importancia de la anterior distinción es la necesidad de que en los tipos de resultado material se requiere la presencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado material[26] como presupuesto de la imputación objetiva, requisito no necesario en los tipos de mera actividad.

B.– Tipos de acción y tipos de omisión

Esta clasificación depende, fundamentalmente, de la naturaleza del precepto infringido[27]. Así, el *tipo de acción* se caracteriza porque el agente, además de realizar un hecho positivo (vgr. apropiarse de la cosa ajena –art. 451 CP–), infringe *exclusivamente* una norma que impone la obligación de abstenerse de realizar un determinado hecho ("no hurtar" –norma de prohibición–). Por su parte, en los *tipos de omisión* el agente infringe *necesariamente* una norma preceptiva, una norma que impone el deber de realizar una conducta determinada (vgr. socorrer a quien lo necesita –art. 438 CP–, acudir al tribunal a declarar como testigo –art. 238 CP–). No obstante, existe igualmente una forma de omisión que requiere, adicionalmente a la infracción de una norma preceptiva, la infracción de una norma prohibitiva. Estos son los llamados tipos *de comisión por omisión (tipos de omisión impropia)*, infracción vinculada a la realización de un resultado material que el autor debía evitar que ocurriera.

Por lo tanto, en los *tipos de omisión* se pueden distinguir los de omisión pura (los cuales infringen exclusivamente una norma de carácter preceptivo, una norma que impone la obligación de actuar de una determinada manera), y los de omisión impropia, o de comisión por omisión (que requieren para su realización la infracción tanto de una norma preceptiva como de una norma prohibitiva). Los tipos de omisión propia constituyen delitos de mera actividad, mientras que los tipos de omisión impropia comprenden la imputación de un resultado material[28]. Los primeros se consuman con la sola omisión del sujeto,

26 Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 260; Jescheck, *Tratado*, vol. I, pág. 355.

27 Mir Puig, *DP*, pág. 234 y ss -28-.

28 Ibídem, pág. 312 -13-.

mientras que los segundos exigen para su consumación la producción de un resultado material distinto a la propia omisión.

2. Según los sujetos

A.- Tipos comunes y tipos especiales

Los tipos penales comunes son aquellos que no exigen ninguna cualidad específica en el sujeto activo, por lo tanto pueden ser cometidos por cualquier persona (vgr. el homicidio simple del art. 405 CP). En cambio, los delitos especiales requieren una cualidad específica, una característica especial en el sujeto que realiza la conducta (vgr. ser "funcionario público", "descendiente", "juez", etc.). Estos últimos tipos implican la infracción de un deber especial por parte del autor (*delitos de infracción de deber*)[29]. Se dividen a su vez en *tipos especiales propios,* en los cuales la falta de cualidad del sujeto conlleva necesariamente la impunidad del hecho (vgr. art. 250 del CP), y *tipos especiales impropios,* donde la falta de cualidad específica no acarrea la impunidad del hecho, sino la aplicación de un tipo penal general[30].

Todo tipo penal especial (propio o impropio) implica la infracción de un deber especial, concreto, el cual puede derivar de una función que cumple el autor o de una especial relación en la cual se encuentra. Así, en el caso del delito de parricidio (art. 406, numeral 3, CP) la persona que mata a su ascendiente no solo infringe el deber genérico de no matar a un ser humano, sino que además incumple el deber concreto de no matar a su ascendiente, deber que deriva de la relación consanguínea existente.

---

29 Al respecto, Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, págs. 385 y ss.

30 Vid. Bacigalupo, *Lineamientos*, pág. 36; del mismo, *Principios*, pág. 160. Como correctamente expresa Stratenwerth, en los delitos especiales propios la infracción al deber especial impuesto al autor fundamenta la punibilidad, en cambio en los impropios dicha infracción solo la agrava (*AT*, pág. 86 –4–; *DP*, pág. 76 –196–).

B.- Delito de propia mano

Dentro de la clasificación relativa a los sujetos se incluyen los llamados *delitos de propia mano*[31], en los cuales se exige un contacto personal entre el sujeto y la víctima, lo que a su vez supone que la ejecución material del hecho solo pueda ser realizada por el propio sujeto activo del delito (vgr. el delito de incesto –art. 380 CP–)[32]. Dentro de los delitos de propia mano se distinguen aquellos que requieren una intervención corporal del autor en el hecho (vgr. la violación –art. 374 CP–), y aquellos que no requieren un comportamiento corporal pero sí personal del sujeto activo (vgr. la bigamia –art. 400 CP–)[33]. La relevancia principal de los delitos de propia mano, según la doctrina dominante, estriba en que no pueden ser realizados en autoría mediata, es decir, a través de otra persona que actúe como un instrumento, como sería el caso de quien amenaza a una persona apuntándola con una pistola a la cabeza para que agreda sexualmente a una mujer. Sin embargo, se ha sostenido que desde una concepción objetivo–final de la autoría pudiera admitirse que el autor mediato ("el hombre de atrás") realice conductas típicas que, en principio, parecieran requerir un contacto entre el autor y la víctima (violencia, abuso sexual) siempre que domine la voluntad del instrumento que lo ejecuta[34].

En relación a la categoría precedente, opino que deben distinguirse los delitos de propia mano que no exigen ninguna cualidad especial adicional en el sujeto activo (delitos de propia mano comunes), como el caso de la violación, de aquellos delitos de propia mano que implican adicionalmente una especial cualidad, como el caso del incesto en el cual el sujeto activo debe poseer un vínculo consanguíneo con la víctima. Esta última clase de delitos de propia mano requiere necesariamente que el mismo sujeto activo realice la conducta, razón por la cual no podrá utilizar un instrumento para su realización. En cambio, los delitos de propia mano comunes no impiden que se puedan realizar

---

31 Mir Puig, *DP*, pág. 238 –52–; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 266; Jescheck, *Tratado*, vol I. pág. 361.

32 Así, Mir Puig, *DP*, pág. 238 –52– .

33 Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 266 y ss; Jescheck, *Tratado*, vol. I, págs. 361 y ss.

34 Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*, pág. 110; corrobora este criterio, basado en el concepto material de autor, en las págs. 102 y ss.

mediante un sujeto instrumentalizado, de allí que se le pueda "imputar" el hecho a la persona "de atrás" quien domina la situación.

C.- Tipos d autoría y tipos de particiación

También, atendiendo a los sujetos, se distinguen los *tipos de autoría y los tipos de participación*. En los primeros el sujeto activo interviene como autor, bien realice el hecho directamente bien lo ejecute a través de otro, o en unión de otras personas. En los tipos de participación el sujeto solo colabora con el autor, por lo tanto realiza el tipo penal mediante un rol accesorio a la autoría.

3. Según la relación con el objeto del bien jurídico

De acuerdo a esta categoría, los tipos penales se clasifican en *tipos de lesión* y *tipos de peligro*. Los tipos de lesión precisan para su realización un menoscabo material o ideal del objeto del bien jurídico (vgr. homicidio consumado –art 405 CP–, en el cual se exige acabar con la vida de la víctima; o el tipo de injuria consumada –art. 444 CP– , donde es fundamental afectar el honor de la víctima). La afectación del objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekts*) puede ser tanto material (muerte de una persona) como inmaterial (lesión del honor), en la medida en que el interés protegido por el tipo (bien jurídico) se refleje en un ente tangible o intangible. No obstante, tampoco dicha afectación se confunde con el término resultado, en el sentido de cambio en el mundo exterior separado de la conducta. Puede que ambas formas de entender el resultado coincidan, vgr. caso del homicidio consumado en el cual la muerte de la persona constituye tanto un resultado entendido como modificación del mundo exterior separable de la conducta, como también una afectación del objeto del bien jurídico (la vida concreta de la persona fallecida), e inclusive del objeto de la acción (el cuerpo y el conjunto de funciones vitales de la persona, afectadas por la acción del autor). Sin embargo, tal coincidencia no tiene que ocurrir necesariamente en todos los tipos penales, como se aprecia en el delito de violación de domicilio: en este caso no existe una modificación del mundo exterior *separable* de la conducta, sino únicamente la conducta del autor (entrar en la morada o permanecer en ella) aunque esta afecta el *objeto del bien jurídico*, la privacidad del ocupante legítimo de la morada.

Desde mi punto de vista, el llamado "objeto del bien jurídico" (*Rechtsgutobjekts*) sería el término apropiado para distinguir los conceptos de "lesión" y "peligro". Así, la lesión sería la afectación de dicho objeto, por ello el término lesión tiene naturaleza valorativa aunque, como señalé anteriormente, el mismo pueda traducirse en una afección material o ideal, en la medida en que el bien jurídico se traduzca en un ente material (vgr. la vida de la persona) o inmaterial (el honor).

Por su parte, los tipos de peligro requieren para su realización una conducta estadísticamente peligrosa, o la existencia de un efectivo peligro de lesión, sin exigirse la realización del daño (vgr. el intento de homicidio). Los tipos de peligro se subdividen a su vez en: *a.–tipos de peligro concreto*, en los que se hace necesaria la efectiva existencia del peligro (vgr. homicidio frustrado, en el cual el autor hace todo lo necesario para producir la muerte de la víctima, por ejemplo disparar, pero sin lograr el objetivo –la víctima es salvada en el hospital–), por lo tanto constituyen delitos de *resultado material*. Estos tipos penales, aparte de la conducta típica, exigen un resultado material, precisamente el peligro real (el llamado "peligro corrido": en el ejemplo anterior, la vida del sujeto atacado sufrió un grave peligro)[35]; b.– *tipos de peligro abstracto*, los cuales exigen para su consumación la sola conducta del autor, considerada estadísticamente peligrosa (vgr. posesión de drogas prohibidas –art. 34 LOCTISEP–)[36]. Se trata de conductas que si bien aisladamente no afectan el bien jurídico protegido, ni llegan realmente a ponerlo en peligro, la repetición futura de los mismos se traduciría en

---

35 En relación al criterio para determinar cuándo estamos ante un peligro concreto, señala acertadamente Rodríguez Montañés que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa, entra en "aguda crisis" (*Delitos de peligro*..., págs. 37 y ss).

36 Arteaga Sánchez hace alusión a reglas de experiencia o reglas técnicas (*DP*, pág. 201). Esta opinión pudiera interpretarse como la exigencia del peligro estadístico en los delitos de peligro abstracto. En sentido similar se pronuncia Barbero Santos, aunque sostiene la tesis de que en dichos tipos penales el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta (¿presunción de peligro?); el legislador, dice este autor, parte de que una determinada situación es comúnmente peligrosa, y conmina, con pena su realización, por lo tanto en el delito de peligro abstracto se castiga una conducta por su probabilidad de ser peligrosa (<<Contribución al estudio...>>, pág. 489).

un peligro real, en una lesión al bien jurídico (peligro estadístico)[37]. El legislador, precisamente en razón de ese peligro estadístico, adelanta la punibilidad de la conducta sin esperar que el peligro exista como tal. Esta forma típica, de *lege ferandae*, solo se justificaría por la importancia del bien jurídico protegido, o por tratarse de la protección de un bien jurídico supraindividual distinto a la simple sumatoria de los intereses individuales (vgr. salud pública, medio ambiente, etc.)[38].

4.– Según la relación entre los propios tipos penales

Dentro de esta categoría se distinguen los tipos penales *básicos, calificados* y *privilegiados*[39]. Los *tipos penales básicos* se caracterizan por

---

37 En este sentido, Mir Puig, *DP*, pág. 241 –65–.

38 En relación a los delitos de peligro abstracto, distingue Rodríguez Montañés entre delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos individuales o individualizables, y aquellos que protegen bienes jurídicos supraindividuales, inmateriales, o institucionalizados (*Delitos de Peligro...*, págs. 299 y ss, conclusión pág. 388). En estos últimos delitos, la lesión o el peligro concreto es difícilmente tipificable pues ellos se producen más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas "que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y el funcionamiento" (Ibídem, pág. 388). Para esta autora, en esta clase de delitos solo los ataques mínimos determinarán la atipicidad de la conducta (Ídem; desarrollo págs. 299 y ss). En cuanto a los delitos de peligro abstracto que protegen bienes individualizables o determinables (incendios, delitos contra la salud pública, conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas), debe poder establecerse una relación más o menos inmediata con los bienes que se protegen. "Es necesaria la constatación de la efectiva peligrosidad de la conducta, que puede reconducirse a la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de esos bienes jurídicos (imprudencia), respondiendo, por tanto, a la misma estructura que los delitos de peligro concreto: adelantamiento de las barreras de protección a supuestos de imprudencia sin resultado lesivo" (Ibídem, pág. 399).

39 Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 268 y ss; Jescheck, *Tratado*, vol. I, pág. 362. No tiene sentido la clasificación, seguida en nuestro Derecho y en la práctica jurisprudencial, entre tipos "simples", "calificados" y "agravados", concretamente en relación al homicidio. Por ejemplo, se llama "simple" al tipo básico de homicidio establecido en el artículo 407 CP; tipo calificado al contenido en el artículo 408 y, sin mayor explicación, se denomina "tipo agravado" al establecido en el artículo 409 (al respecto, Chiossone, *Manual*, págs. 398 y ss, específicamente pág. 406).

ser la imagen más abstracta del delito respectivo, y establecer la pena general del mismo (vgr. el homicidio simple del art. 405 del CP). La denominación de ellos depende de que a su vez exista un tipo cualificado en relación con él[40]. Así, frente a estos tipos penales básicos surgen los *tipos calificados* que *aumentan* la pena del tipo básico en razón de la concurrencia de una circunstancia objetiva o subjetiva que amerite dicho incremento (vgr. el tipo de homicidio alevoso del art. 406, numeral 1, del CP, el cual aumenta la pena del tipo básico de homicidio precisamente por concurrir la circunstancia de alevosía en el autor). Por último, los tipos privilegiados se caracterizan porque *disminuyen* la pena en relación al tipo básico, por concurrir algún elemento objetivo o subjetivo que lo permita (vgr. el llamado infanticidio *honoris causa* consagrado en el art. 411 del CP).

40 Expresa Jescheck que el delito base es el tipo de partida, mientras que los tipos calificados y privilegiados constituyen tipos dependientes del resultado, "de la adición de ciertos elementos" al tipo base (*AT*, pág. 268; *Tratado*, vol. I, pág. 362). Como correctamente expresa Reyes Echandía, los tipos básicos describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por ello, se aplican sin sujeción a ningún otro; estos tipos generalmente encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal (*DP*, pág. 112).

CAPÍTULO III
EL TIPO DE ACCIÓN DOLOSO DE RESULTADO MATERIAL

Bibliografía concreta citada

Arteaga Sánchez, Alberto: *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, UCV, Caracas, 1975; Bacigalupo, Enrique: <<El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición en el Derecho penal español>>, en, del mismo autor, *Tipo y error*, Hammurabi, Buenos Aires, 1988, págs. 125 y ss; Bustos Ramírez, Juan: <<Política Criminal y dolo eventual>>, en, del mismo autor: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 233 y ss; Cancio Meliá, Manuel: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1998; del mismo, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; del mismo, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001; Castaldo, Andrea: <<La concreción del "riesgo jurídicamente relevante">> -trad. de Eduardo Ruiz-, en Silva Sánchez (edit.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 233-242; Cerezo Mir, José: <<La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española>>, en, del mismo autor, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, págs. 198 y ss; Corcoy Bidasolo, Mirentxu: <<En el límite entre dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983>>, en *ADPCP*, 1985, págs. 961 y ss; *la misma*: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch-Universidad Pública de Navarra, Valencia 1999; Díaz Pita, María del Mar: *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, Valencia, 1994; Díaz y García Conlledo, Miguel: <<Los elementos normativos del tipo y la teoría del error>>, en AAVV, *Estudios jurídicos. En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universitat de Valencia-Institut de Criminologia, Valencia 1997, págs. 657 y ss; Engisch, Karl: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1931; Erb, Volker: <<Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht>>, en *JuS*, 1994, págs. 449 y ss; Feijóo Sánchez, Bernardo: <<La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo>>, en *CPC*, 1998, nº 65, págs. 269 y ss; el mismo:

Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Ferrante, Marcelo: <<Una introducción a la teoría de la imputación objetiva>>, en Cancio-Ferrante-Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 13 y ss; Frisch, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988; del mismo: *Vorsazt und Risiko*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983; Gimbernat, Enrique:<<Qué es la imputación objetiva>> en, del mismo autor, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 209 y ss; Gómez Rivero, Ma. Carmen: *La Imputación de resultados producidos a largo plazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; Hassemer, Winfried: <<Los elementos característicos del dolo>> –trad. de Díaz Pita–, en *ADPCP*, 1990, págs. 909 y ss; el mismo: <<La responsabilidad por el producto en el Derecho penal alemán>> –versión de Muñoz Conde y Diaz Pita–, en, Hassemer-Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 121 y ss; Herzberg, Dietrich: <<Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten –Teil 1–>>, en *JZ*, 1988, págs. 573 y ss ; Hirsch, Hans-Joachim: <<Acerca de la teoría de la imputación objetiva>> –trad. de Daniel Pastor, revisada por Demetrio Crespo–, en, del mismo autor, *Derecho penal. Obras completas*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, tomo I, págs. 37 y ss; Jakobs, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal* –trad. de Cancio Meliá–, Civitas, Madrid, 1996; el mismo: <<El lado subjetivo de los delitos de resultado en casos de habituación al riesgo>> –trad. de Suárez González–, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, UAM-Civitas, Madrid, 1997, págs. 197 y ss; el mismo: <<Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales "riesgo permitido", "prohibición de regreso" y "principio de confianza">> –trad. de Peñaranda–, en, del mismo autor, *Estudios...*, cit., págs. 209 y ss; el mismo: <<Representación del autor e imputación objetiva>> –trad. de Suárez González–, en, del mismo autor, *Estudios...*, cit., págs. 223 y ss; el mismo: <<La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión>> –trad. Cancio–, en, del mismo autor, *Estudios...*, cit., págs. 241 y ss; el mismo: <<Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal>> –trad. de Suárez y Cancio–, en, del mismo autor, *Estudios...*, cit., págs.271 y ss; el mismo: *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* –trad. de Cancio–, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001; Kaufmann, Armin: <<Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan>> –trad. de Conrado Finzi–, en *NPP*, año 2, 1973, págs. 7 y ss; del mismo: <<¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?>> –trad. de Cuello Contreras–, en *ADPCP*, 1985,

págs. 807 y ss; Kindhäuser, Urs: <<Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho>> –trad. de Córdoba y Bruzzone–, en AAVV, *El error en Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, págs. 139 y ss; Laurenzo Copello, Patricia: *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Lesch, Heiko: <<Dolus directus, indirectus und eventualis>>, en *JA*, 1997 –29–, págs. 802 y ss; Loewenheim, Ulrich: <<Error in obiecto und aberratio ictus>>, en *JuS*, 1966, págs. 310 y ss; Maiwald, Manfred: *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho penal* –trad. de Sancinetti–, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; Maqueda Abreu, María Luisa: <<El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal>>, en *CPC*, nº 21, 1983, págs. 699 y ss; la misma: <<La relación "dolo de peligro–"dolo (eventual) de lesión". A propósito de la Sentencia TS de 23 de abril de 1992 "sobre el aceite de colza">> en *ADPCP*, 1995, págs. 419 y ss; Mata y Martín, Ricardo: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997; Mir Puig, <<El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español>>, en, del mismo autor, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 207 y ss; Modolell González, Juan Luis: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Liber, Caracas, 2008; Naucke, Wolfgang: <<Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal>>, en AAVV, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 15 y ss; Otto, Harro: <<Der Vorsatz>>, en *Jura*, 1996, págs. 468 y ss; el mismo:<<Diagnosis causal e imputación del resultado en Derecho penal>> –trad. de Sancinetti–, en AAVV, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, cit., págs.65 y ss; Paredes Castañón, José Manuel: *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995; *el mismo*: <<"riesgos normales" y "riesgos excepcionales": observaciones sobre la exclusión de la tipicidad penal de las conductas peligrosas>>, en AAVV, *Estudios jurídicos. En Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, cit., págs. 561 y ss; Ragués, Ramón: <<Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio>>, en *ADPCP*, 1997, págs. 787 y ss; el mismo: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999; Roxin, Claus: <<Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal>> en, del mismo autor, *Problemas básicos del Derecho penal*, Edit. Reus, Madrid, 1991, págs. 128-148; el mismo: <<Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes>> –trad. de Luzón Peña–, en, del mismo autor, *Problemas básicos...*, págs. 181 y ss; el mismo: <<Observaciones sobre la prohibición de regreso>> –trad. de Sancinetti, en AAVV, *La Prohibición de regreso en Derecho penal*, cit., págs. 149 y ss; el mismo:<<Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho

penal>> –trad. de Abanto Vásquez– en, del mismo autor, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, págs. 23 y ss; del mismo: <<Problemas básicos del sistema de Derecho penal>> –trad. de Carmen Gómez Rivero–, en, del mismo autor, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 37-55; Rudolphi, Hans-Joachim: *Causalidad e imputación objetiva* –trad. de Claudia López Díaz–, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; Rueda Martín, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M. Bosch editor-Universidad Externado de Colombia, Barcelona, 2001; Sacher de Köster, Mariana: *Evolución del tipo subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; Sancinetti, Marcelo: <<Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva>>, en Cancio-Ferrante-Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, cit. págs. 37 y ss; Schreiber, Hans-Ludwig: <<Grundfälle zu "error in objecto" und "aberratio ictus" im Strafrecht>>, en *JuS*, 1985, págs. 873 y ss; Schroeder, Friedrich-Christian: <<Preliminar al parágrafo 16 del StGB>>, en *LK*, 1994, págs. 10 y ss; Schünemann, Bernd: <<Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva>> –trad. de Mariana Sacher–, en, del mismo autor, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 70 y ss; Silva Sánchez, Jesús-María: <<"Aberratio ictus" e imputación objetiva>>, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, págs. 41 y ss; Spendel, Günter: <<Der Conditio sine-qua-non GedankealsStrafmilderungsgrund>>, en *FS für Karl Engisch*, Vittorio Klastermann, Frankfurt a. M., 1969, págs. 509 y ss.; Struensee, Eberhard: <<Dolo de causación y causalidad putativa>> –trad. de Sancinetti–, del mismo autor, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, págs. 57 y ss; el mismo:<<Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo>> –trad. de Guariglia–, en Maier-Binder (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 251 y ss; Vives Antón, Tomás: <<Principios penales y dogmática penal>>, en Bello-Rosales (comps.), *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, UCV, Caracas, 1998, tomo I, págs. 361 y ss; Welzel, Hans: *El nuevo sistema del Derecho penal* –trad. de Cerezo Mir–, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001; Wolter, Jürger: <<Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad>>, en Luzón-Mir (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Ciencias Jurídicas-Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 1 y ss.

Aunque el tipo doloso de acción de resultado material se caracteriza por el dolo, su estudio comienza por el análisis del tipo objetivo[1]. En

1 Mir Puig, *DP*, pág. 246 –1–.

efecto, además del orden sistemático y lógico de los propios elementos del delito, según el cual si no concurre el elemento previo carece de sentido continuar con el exámen del siguiente, cada elemento del tipo penal, a su vez, supone un orden de análisis donde el aspecto objetivo (tipo objetivo) es previo al aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En efecto, la relevancia de un hecho comienza por su exteriorización. El solo pensamiento carece de importancia jurídica.

I.- Tipo objetivo

En esta clase de tipo penal el aspecto objetivo se compone de la conducta positiva (acción) y una modificación "espacio–temporalmente" separada de la misma (resultado material), ambas unidas por una relación de causalidad. El resultado, además, debe valorarse como una lesión o peligro relevante desde un punto de vista jurídico-penal, imputable a una conducta infractora del deber impuesto por la norma.

1. Relación de causalidad

La relación de causalidad constituye una exigencia típica en los delitos dolosos de acción de resultado material, y ella aporta un mínimo de seguridad para determinar el sujeto a quien atribuirle un resultado lesivo[2]. Dicha relación causal tiene carácter científico-natural[3] y su determinación, tradicionalmente, se ha realizado mediante la *teoría de la equivalencia de las condiciones* (Glaser) según la cual todos los antecedentes del hecho se consideran equivalentes, por lo tanto deberán ser tomados en cuenta. La teoría se completa con la llamada *fórmula de la condicio sine qua non* (v. Buri): para determinar si un antecedente del resultado es *condición necesaria* de un resultado material, deberá hacerse un ejercicio mental mediante el cual si al eliminarse hipotética-

---

2 Modolell, *Bases fundamentales*..., págs. 118 y ss. Sobre la incompatibilidad de la relación de causalidad y el principio de legalidad penal, además de una crítica al propio concepto de causalidad, vid. Vives Antón: <<Principios penales y dogmática penal>>, págs. 365 y s.s. Cuestiona la exigencia de la causalidad en la teoría del delito, Bustos, *Manual*, págs. 243 y ss.

3 No obstante, como sostienen Baumann-Weber-Mitsch, que el Derecho utilice un concepto de causalidad científico-natural, o desarrolle un propio concepto de la misma es únicamente una "cuestión de reconocimiento jurídico-sistemático y de eficacia jurídica" (*AT*, pág. 233 –7–).

mente el antecedente desaparece igualmente el resultado, se concluirá, entonces, que el antecedente eliminado “mentalmente” es condición necesaria del resultado[4]. Por ejemplo, si suprimimos mentalmente a los padres del homicida, este no habría realizado la conducta ya que él no existiría. Por lo tanto, los padres constituyen una *condicio sine qua non* de la muerte.

No obstante, la fórmula hipotética de la *condicio sine qua non* ha sido objetada por las siguientes razones:

a.- En primer lugar, la fórmula supone conocer la virtualidad causal del antecedente[5]. En efecto, saber si la supresión del antecedente acarrea la desaparición del resultado, implica conocer previamente que existe un influjo causal-natural entre aquel y este. La *fórmula* tendría sentido exclusivamente en las relaciones de carácter lógico. Vgr., que la supresión hipotética de los padres traería como consecuencia la desaparición del hijo causante del homicidio, es algo obvio que no requiere comprobación de la virtualidad causal, por lo cual podría concluirse indudablemente que esos padres son causantes de la referida muerte. Pero en este caso estamos ante una relación de carácter lógico, no experimental. En cambio, que el medicamento consumido por la madre embarazada fue el causante de la malformación del hijo recién nacido, no puede saberse únicamente eliminando “mentalmente” dicho consumo. Afirmar que la supresión del consumo del medicamento acarrearía la ausencia de lesión en el hijo, supone conocer previamente (experimentalmente) que dicho medicamento contenía la sustancia nociva.

b.- Igualmente, la fórmula fallaría en el caso de la causalidad acumulativa, es decir, cuando en el hecho concurren varios factores que, cada uno por separado, poseen la virtualidad causal para producir el resultado. Así, A coloca un dosis de veneno, en sí misma mortal, en el vaso de agua que tomará la víctima C. Posteriormente, B agrega una dosis semejante en el mismo vaso. C bebe el vaso de agua y muere[6]. En este caso, si se prescinde de una de las dosis de veneno colocadas

4 Vid. Modolell, *Bases fundamentales*..., pág. 122; Mir Puig, *DP*, pág. 248 y ss –11–; Spendel, <<Der Conditio sine-qua-non Gedanke als Strafmilderungsgrund>>, pág. 510.

5 Mir Puig, *DP*, pág. 249 –13–.

6 Ejemplo semejante en Welzel, *DP*, pág. 53.

no desaparecería el resultado de muerte, ya que la dosis subsistente actuaría produciendo el resultado mortal. La conclusión sería negar la causalidad de las actuaciones de A y B, solución a todas luces absurda.

c.- Por último, la fórmula también fallaría en el supuesto de que exista la posibilidad de un curso causal alternativo, que actuaría en caso de faltar la relación causal que efectivamente sucedió (supuesto de "causalidad hipotética"). Así, B, padre de A quien se encuentra en estado agonizante y en coma irreversible, decide inyectar una sustancia que provocará la muerte de A en poco tiempo, no sin antes pedirle a la madre que si por cualquier circunstancia emocional él no pueda aplicar la inyección, ella lo haga, pedimento al cual accede la madre de A. De aplicarse la fórmula de la *condicio sine qua non*, habría que negar la causalidad de la conducta de B ya que de no haber administrado él la sustancia letal, la madre hubiese actuado[7].

Los problemas que acarrea la fórmula de la *condicio* han conducido a la aparición de la fórmula de casualidad natural de Engisch, según la cual una acción positiva (acción) es causal para un resultado concreto si ambos se han unido conforme a la ley natural (*Naturgesetzmäßig*)[8]. Si bien esta teoría ha gozado de acogida por la doctrina penal, se enfrenta a problemas fundamentales en el caso de que la ley causal natural general no haya sido comprobada, o bien se trate de un hecho excepcional[9]. Obviamente, en el caso de una ley natural conocida empíricamente por todos, no es necesario someterla a prueba constantemente, pero, en el supuesto de leyes naturales dudosas, dicha comprobación es esencial[10]. La "ley natural" no puede ser confundida con la "ley estadística"[11]. La ley natural únicamente es aquella que las ciencias naturales determinan mediante su propio método: solo estas ciencias pueden determinar cuándo, desde su propio punto de vista, se puede afirmar que un de-

---

7 Modolell, *Bases fundamentales...*, págs. 127 y ss. Mir Puig se refiere a este caso exigiendo que el resultado causado se hubiera producido igual y en el mismo momento por otra causa (*DP*, pág. 249 –15–).

8 Engisch: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände,* pág. 21; Modolell, *Bases fundamentales...*, págs. 129 y ss.

9 Sobre esto, ibídem, págs. 134 y ss.

10 Ibidem, pág. 131.

11 Al respecto, ibídem, págs. 132 y ss.

terminado fenómeno es causa de otro[12]. No obstante, la determinación de la causalidad natural no se basa en la completa seguridad, cuestión que las leyes naturales no siempre pueden proporcionar. En absoluto se fundamenta en el simple dato estadístico, sino en la comprobación de que un determinado suceso, bajo ciertas condiciones, acarrea como consecuencia otro suceso. En razón de esto debemos distinguir muy bien la relación de causalidad (esencial en los delitos de resultado y de peligro concreto que protegen bienes jurídicos materializados en un ente tangible), y la prueba de dicha relación causal. Esta prueba se considera conforme a los principios del Derecho procesal penal, aunque deba partirse de un concepto de causalidad para el Derecho sustantivo[13], pero la dificultad de probar la causalidad con una certeza absoluta no debe conducirnos a sugerir el uso de sustitutivos probatorios, o de normas especiales de valoración de prueba para estos casos[14].La convic-

---

12 Así, Gómez Benítez, *Teoría*, pág. 176.

13 La causalidad es algo más que un simple problema probatorio, aunque tampoco es el problema central de la tipicidad (Así, <<La responsabilidad por el producto en el Derecho penal alemán>>, págs. 127 y ss).

14 En tal sentido, considera Armin Kaufmann que la certeza subjetiva del juez no puede sustituir el conocimiento general (<<Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan>>, pág. 24). Para Stratenwerth, es imprescindible la comprobación del modo en que se ha producido realmente el resultado jurídico-penalmente relevante. Ello no acarrearía dificultad alguna en casos indudables como la muerte de la víctima por un disparo. Sin embargo, añade dicho autor, existen otros casos pocos claros como cuando en ciertas circunstancias no se conocen, suficientemente, las leyes que rigen la producción de determinados resultados. En estos supuestos se habla de causalidad general. Según Stratenwerth, la imputación del resultado, solo puede apoyarse en un conocimiento científicamente fundado de las leyes por las cuales este se produce. Además, añade dicho autor, la comprobación de la causación del resultado fracasa, por razones fácticas, también en el ámbito de aplicación de leyes naturales conocidas, como, por ejemplo, cuando no se puede esclarecer de cuál de las armas pertenecientes a los diversos partícipes en el hecho, se ha disparado el tiro mortal. En estos casos, el principio del *in dubio pro reo* excluye la imputación del resultado (*DP*, pág. 80 –210–; Stratenwerth-Kuhlen, *AT*, pág. 91 –18–). Estas consideraciones confirman lo dicho anteriormente: el problema de la prueba de la causalidad no debe conducir a proponer la necesidad de sustitutivos de la causalidad, como la ley estadística; es el juez, de acuerdo a los medios probatorios pertinentes, quien debe determinar la causalidad, de tal forma que su realización quede libre de toda duda.

ción del juez debe sujetarse a la ley de causalidad natural general reconocida. Pudiera creerse que la problemática anteriormente mencionada ocurre muy esporádicamente, sin embargo sucede con frecuencia en el llamado Derecho penal económico, concretamente en la responsabilidad penal por el producto[15].

No obstante las críticas, pudiera decirse que la fórmula de la *condicio* seguirá siendo útil para determinar la existencia de una relación lógica entre los hechos, es decir, aquellas relaciones que no requieren comprobación empírica. Esta fórmula deberá ser complementada con la causalidad conforme a las leyes naturales, la cual en la práctica será preponderante para vincular el antecedente con el resultado.

2. Imputación objetiva del resultado material-criterios

Una vez determinada la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, este debe *imputarse* objetivamente a aquella[16]. Imputar significa atribuir, y de forma más precisa, atribuir conforme a valores. De allí que la imputación objetiva, a diferencia de la causalidad, no constituya una categoría de las ciencias naturales o del mundo del ser, sino una herramienta gnoseológica mediante la cual se atribuye al autor el resultado *causado* en función de criterios valorativos. Por lo tanto, esta categoría no deriva de la propia "naturaleza de las cosas" sino de consideraciones de valor[17]. Además, su carácter objetivo deriva de los crite-

---

15 Al respecto, vid. Modolell, *Bases fundamentales*…, págs. 135 y ss.

16 Afirma Frisch que los problemas de imputación objetiva se tratan cuando están respondidos los respectivos problemas normativos del riesgo desaprobado, temas propios de lo que él llama "injusto de conducta" (*Verhaltensunrecht*). Por lo tanto, primero se determinaría si el autor se ha conducido de forma incorrecta, posteriormente se trata lo relativo a la consecuencia de esa conducta desaprobada (imputación del resultado). A la imputación objetiva corresponde estudiar, únicamente, "si entre el injusto de conducta definido por el riesgo desaprobado y el resultado ocurrido existe del todo una relación determinada. Objeto de la teoría de la imputabilidad objetiva del resultado es (nada más que) la exacta determinación de aquella relación" (*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pags. 50 y ss).

17 Como correctamente expresa Roxin: "...un sistema de Derecho penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el ámbito del injusto de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su apertura a lo empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica

rios valorativos que se utilizarán para realizar la referida atribución, los cuales constituyen valoraciones de carácter general, estandarizadas[18].

La imputación objetiva fue creada por Larenz en el Derecho civil e introducida al Derecho penal por Honig en la década de los años treinta del siglo veinte, pero es Roxin quien resucita esta institución en el Derecho penal[19].

La doctrina dominante sostiene una serie de criterios de atribución de un resultado material a una conducta, la mayoría de los cuales giran alrededor del riesgo prohibido representado por la misma[20]. Así, el criterio fundamental de imputación, o no imputación, de un resultado a una conducta será la aptitud de esta para crear, aumentar, disminuir, etc. un *riesgo prohibido* que se materializa en el resultado. Esta visión se explica únicamente dentro de una concepción que le atribuya al Derecho penal una función protectora de bienes jurídicos, ya que solo tiene sentido entender el riesgo como una *posibilidad de menoscabo del objeto del bien jurídico*[21].

---

sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; esta es más bien un producto de valoración legislativa. Sobre si p.e. constituye una acción dolosa de homicidio el que alguien, consciente de las posibles consecuencias, venda drogas a otro, quien conociendo plenamente el riesgo se inyecta con efectos mortales, no puede decidirse con ayuda de categorías como la causalidad o la finalidad, sino solamente mediante la teoría de la imputación objetiva...” (<<Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal>>, pág. 29).

18 Admite la imputación objetiva STSJ 7, del 23 de febrero de 2012 (Sala Plena), aunque llega a confundir la imputación objetiva con la causalidad. Esta sentencia aplica el principio de confianza para imputar un hecho cuando actúan varias personas organizadas jerárquicamente.

19 Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva, vid. Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción,* págs. 49 y ss; Modolell, *Bases Fundamentales...,* págs. 27 y ss.

20 Vid. Roxin: <<Problemas básicos del sistema de Derecho penal>>, págs. 45 y 46. Afirma Erb que solo debe ser imputado un resultado causado mediante una conducta determinada, cuando en él se ha realizado un peligro que el autor ha producido de manera reprobada jurídicamente, o al menos lo ha aumentado” (<<Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht>>, pág. 453).

21 No obstante, otro sector de la doctrina sostiene que los principios de la imputación objetiva se derivan del fin de garantizar expectativas normativas, atribuido al Derecho penal. Así, Jakobs, quien de cierta forma niega la función

A.- Disminución objetiva del riesgo

No es imputable objetivamente un resultado material causado por una conducta, si esta disminuye objetivamente el riesgo de lesión del bien jurídico. Así, el caso del sujeto en cuya cabeza va a impactar una piedra y un tercero interviene desviando el golpe, pero produciéndole una fractura de la clavícula[22]. Se trata de la desviación de una acción que se dirige a menoscabar una parte esencial de un determinado objeto, de modo que recaiga sobre otra parte menos valiosa[23]. Este criterio, a diferencia de algunos de los restantes, tiene la particularidad de que

---

protectora de bienes jurídicos por parte del Derecho penal (*¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, págs. 19 y ss), aunque acepta el concepto de riesgo como categoría fundamental de la imputación (vid. *AT,* pág. 195 y ss –29 y ss–; *DP*, págs. 237 y ss –29 y ss–). En sentido similar, Bacigalupo (*Principios*, pág. 189). Ahora bien, este autor, al referirse al orden lógico de la imputación objetiva, alude al peligro (¿riesgo?) como punto central de la imputación. Afirma que dicho orden es el siguiente: primero se verifica la relación de causalidad entre la acción y el resultado, luego se deter mina si la acción en el momento de la ejecución, constituía un peligro jurídicamente desaprobado y, por último, si ese peligro es el que se ha realizado en el resultado típico producido (Ibídem, pág. 189). En mi criterio, la alusión al riesgo conduce a la siguiente pregunta: ¿riesgo de qué? La respuesta parece obvia: ¡riesgo de lesión o peligro para el objeto del bien jurídico!

22 Vid. Roxin, *AT,* vol.I, págs. 375 y ss –53–; *DP*, págs. 365 y ss –43–; del mismo, <<Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal>>,pág. 131.

23 Mir Puig, *DP,* pág. 261 –50–. Un sector de la doctrina fundamenta este criterio en el hecho de que el fin de la norma jurídico-penal no es prohibir las acciones que reduzcan el riesgo de realización del resultado, atenúen la lesión del bien o simplemente demore su realización (así, Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva,* pág. 33). En parecido sentido Roxin, para quien sería absurdo prohibir acciones que no empeoran sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido (*AT,* vol. I, pág. 376 –53–; *DP,* pág. 366 –43–). Ahora bien, esta fundamentación sería la misma de las causas de justificación que mejoran la situación del bien jurídico, como el estado de necesidad, lo cual explica porqué un sector de la doctrina ubica el criterio de disminución del riesgo bajo una causa de justificación (legítima defensa o estado de necesidad), vgr. Cerezo Mir (*Curso*, tomo II, pág. 109). Sin embargo, señala Cerezo que en este caso normalmente faltará el dolo en el autor, así sea eventual, por obrar con ánimo de defender al injustamente agredido (Ídem). De esta afirmación, pareciera deducir Cerezo, que en la legítima defensa no hay dolo, cuestión errada si se parte de un concepto de dolo natural: el dolo del autor en la legí-

el carácter no prohibido de la conducta deriva de su posible eficacia en el resultado. Es decir, la conducta no es típica en razón de su aptitud, *ex ante*, para mejorar la situación del bien jurídico. La prohibición no se determina, en este caso, únicamente por la contradicción de la conducta a una norma. Como explicaré más adelante, incluso si el autor realiza una conducta intencionalmente dañosa, pero que objetivamente disminuye el daño, acarreará la falta de tipicidad del hecho.

La falta de imputación objetiva solo abarca los casos en que la intensidad del *mismo* riesgo sea disminuida por la conducta. En cambio, cuando la conducta crea un riesgo *distinto* al anterior, el resultado material sí debe imputarse aunque el nuevo riesgo sea más beneficioso para el bien jurídico. Así, al padre que arroja al hijo por la ventana de la casa para librarlo de una muerte segura por el fuego, falleciendo el hijo tiempo después a consecuencia de las lesiones producidas por la caída, sí se le imputaría ese resultado de muerte por haber creado un nuevo riesgo (el de morir a causa de la caída), aunque pueda ampararse por el estado de necesidad[24]. Igualmente, en el caso de retraso de la lesión del bien jurídico, como el médico que intenta inútilmente impedir la muerte del paciente mal herido, aunque solo consigue retrasarla influyendo así en el concreto resultado[25], el cual no se imputará si no es consecuencia de la creación de un nuevo riesgo.

Por otra parte, el resultado material no es imputable aun cuando el tercero salvador hubiese podido hacer más para eliminar toda lesión, inclusive la del bien menos valioso. Por el contrario, si el sujeto tenía un especial deber de protección del bien jurídico (posición de garante), debía hacer todo lo necesario para evitar inclusive las lesiones de me-

---

tima defensa consiste en conocer la situación y querer defenderse (además del especial elemento subjetivo “ánimo de defensa”).

24 Luzón Peña, *Curso*, pág. 386. En sentido similar, Roxin, *AT*, vol. I, pág. 376 –53 y ss–; *DP*, pág 366 –43 y 44–. Se evidencia así la importancia de la relación causal en este criterio de imputación, ya que el debilitamiento del riesgo se explica como una desviación del curso causal existente, produciendo un daño menor. En cambio, el otro supuesto planteado por Roxin se entiende como creación de un nuevo curso causal dañoso, pero menos lesivo que el anterior.

25 Roxin, <<Reflexiones sobre la problemática...>>, pág. 131.

nor entidad[26]. Así, si el sujeto desvía el ladrillo que iba a impactar en la cabeza de su acompañante, hacia otra parte de su cuerpo, pudiendo eliminar totalmente el impacto, pero no lo hace para darle un escarmiento, esa lesión no se imputaría[27]. Otro supuesto: el guardaespaldas se percata de que alguien lanzó un ladrillo contra el político que protege y omite intencionalmente interponerse entre el ladrillo y el político, aunque lo empuja mínimamente (pudiendo haber hecho más), salvándolo de un seguro golpe en la cabeza pero provocándole una lesión menor. En este caso, la lesión debe imputársele al protector ya que tenía la obligación de hacer todo lo necesario para salvaguardar la integridad física del político.

B.- Ausencia de un riesgo típicamente relevante

No es imputable un resultado cuando la conducta causante del mismo no ha creado un riesgo *jurídico-penalmente relevante*[28]. Este supuesto comprende los casos de riesgos en sí mismos irrelevantes o adecuados socialmente, y los riesgos poco probables de producir el resultado desde un punto de vista *ex ante*. Así, el trillado ejemplo académico del sobrino, único heredero del tío rico, a quien convence para que realice un viaje en avión con la esperanza de que haya un accidente y él pueda heredar la fortuna. En caso de que el avión casualmente caiga, y muera el tío rico, el resultado no será imputable objetivamente al sobrino ya que su conducta no constituye un riesgo penalmente relevante. Se trata de un supuesto de riesgo socialmente admitido, pues volar en avión es

---

26 En este sentido, Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva*, págs. 33 y ss; Bacigalupo, *Principios*, págs. 190 y 191. Para Jakobs el rol se amplía cuando el autor es garante del dominio de un riesgo especial, caso en el cual pertenece al rol todo lo necesario para evitar el resultado (*AT*, pag. 208 –50–; *DP*, pág. 252 –50–).

27 Sostiene Armin Kaufmann que este caso representa un supuesto de aumento del riesgo: "Interesante y clarificador solo lo es el ejemplo si A tuvo la posición de desviar completamente el golpe, pero opinó que X debía recibir un escarmiento. Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida sino aumentada. (El parágrafo 323 c –omisión del deber de socorro–, además, vendría aquí en consideración)…" (<<¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?>>, pág. 811)

28 Roxin, <<Reflexiones...>>, pág. 131; el mismo, *AT*, vol. I, pág. 377 –55–; *DP*, pág. 366 –45–.

una actividad de la cual no puede descartarse totalmente la posibilidad de un siniestro. En efecto, existen riesgos permitidos por la sociedad, necesarios para su desarrollo o, de cualquier forma, beneficiosos para ella[29], por lo cual si un riesgo de esta clase pone en peligro o lesiona un bien jurídico, dicho peligro o lesión no podrá imputarse a la conducta. Así, el caso del manejo de vehículos automotores el cual es permitido por considerarse provechoso para la sociedad a pesar de que ocasione accidentes o, como expresa Roxin, aunque con ello no se persiga un fin superior (manejar por aburrimiento, o para preparar un delito)[30]. En este caso, igual que en el caso del sobrino, no importa la mala intención del causante, sino el carácter socialmente adecuado del riesgo[31].

Cabe señalar que un riesgo por sí mismo no puede ser calificado como permitido o prohibido, para lo cual debe atenderse al contexto

---

29 Al respecto vid. Frister, *AT*, págs.116 y ss –6 y ss–.

30 Roxin, *AT*, vol.I, pág. 383 –66–; *DP*, pág. 372 –56–.

31 Para Gimbernat, el "resultado típico causado por una acción dolosa no es objetivamente imputable cuando el comportamiento externo es objetivamente correcto; ello es así porque, entonces, no existe un hecho mínimamente desvalorable al que pueda vincular un juicio de tipicidad un Derecho penal que arranca precisamente del hecho para sus valoraciones y que, por ello, no puede basarlas única y exclusivamente en las intenciones" (<<Qué es la imputación objetiva>>, pág. 216). Según Wolter, los riesgos socialmente adecuados pueden clasificarse en tres grandes grupos, los riesgos permitidos; los mínimos y los adaptados socialmente: "Entre los *riesgos permitidos* se encuentran tanto el peligro causado en el tráfico rodado, cuando se respeta la normativa administrativa, como la resistencia frente a actuaciones administrativas ilegales, pero también el consentimiento y el asentimiento...Entre los *riesgos mínimos* hay que incluir los casos de regalos insignificantes a funcionarios, o las acciones atentatorias a la libertad sexual de escasa relevancia...Finalmente, entre los *riesgos aceptados socialmente* se cuentan, además del peligro de que el sujeto sufra un *schock* como consecuencia de la comunicación de una mala noticia y de las injurias cometidas dentro del círculo familiar íntimo, también el tráfico de cannabis en pequeñas cantidades con finalidad de autoconsumo. Pues, siempre que se respeten estas limitaciones, el contenido esencial del derecho del autor a obrar libremente se ve protegido en todas sus manifestaciones a través de una causa constitucional de exclusión del tipo" (<<Las causas constitucionales de exclusión del tipo…>>, pág. 13).

normativo dentro del cual se actúa. Por lo tanto, los riesgos deben ser adaptados a cada ámbito de relación, o a una sociedad concreta[32].

El carácter irrelevante o no de un riesgo pudiera depender de la concurrencia de determinados conocimientos especiales del autor. En el citado ejemplo del sobrino, la solución cambiaría si este conocía la existencia de la bomba colocada por un grupo terrorista en el avión, al cual subió el tío bajo su influencia y que hará explosión en pleno vuelo, caso en el cual la doctrina dominante se pronuncia por la imputación[33]. En relación con este conocimiento especial añadido, considero que debe referirse a un hecho objetivamente riesgoso, entendiendo por este aquel que con alta probabilidad pueda causar una lesión. Además, el conocimiento especial del autor debe referirse a un riesgo concreto. Así, piénsese en el ejemplo del guía turístico que le dice al turista que visite el barrio “X”, barrio de alto índice delictivo, particularidad que desconoce el turista. En caso de que el turista sea objeto de un ataque por unos delincuentes, solo será imputable ese hecho al guía si el riesgo de daño era objetivamente probable y si el mismo tenía carácter *concreto*. El riesgo sería *concreto* si el guía conociera que en el referido barrio se encuentra una determinada banda de asaltantes que a la hora precisa en la cual aconsejó al turista realizar la visita, se dedica a robar a los transeúntes[34]. En cambio, si se trata de un conocimiento general de la

32 Así, Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal,* págs. 91 y ss. En igual sentido, Ferrante quien siguiendo a Jakobs expresa que la conformación y justificación del riesgo permitido “...responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción” (<<Una introducción a la teoría...>>, pág. 25; Ibídem, pág. 26. Incluye en este caso los supuestos de ámbitos especialmente peligrosos –tráfico vial y ley artis–, ídem.). En mi opinión, el hecho de que la permisión o no de un riesgo dependa del ámbito de interacción no es contradictorio con el hecho de que el Derecho penal deba proteger bienes jurídicos. En efecto, se protegen bienes jurídicos contra riesgos no permitidos o nocivos, lo cual no significa que se protejan bienes jurídicos ante cualquier riesgo.

33 Por todos, Wolter, <<Las causas constitucionales...>>, pág. 14.

34 Según Roxin hay que dotar “...al observador del eventual saber especial del autor concreto...Así pues, si alguien aconseja a otro que dé un paseo, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato...u... homicidio si se mata al paseante...” (*DP*, pág. 367 –46–; *AT,* vol. I, pág. 378 –56–).

peligrosidad del barrio ("usualmente allí se cometen muchos delitos"), en caso de producirse algún daño considero que no sería imputable dicho resultado, independientemente de la mala intención del autor. Por lo tanto, mediante el conocimiento especial debe saberse el *riesgo concreto* que pueda ocurrir: el autor debe conocer perfectamente que un riesgo no aceptado socialmente (la bomba en el avión o la peligrosidad de un grupo de asaltantes que actúan en el barrio) va a producir, con bastante probabilidad, un determinado resultado[35]. El autor conoce el riesgo no permitido, o no tolerado socialmente, que puede ocurrir y conduce el curso causal, por ello se le imputa el resultado.

Ahora bien, quedaría por dilucidar si los aludidos conocimientos especiales del autor constituyen un problema concerniente al tipo subjetivo (dolo del autor) o a un problema de imputación objetiva, sobre todo porque en este caso la imputación cambia de acuerdo al conocimiento del autor[36]. Así, si el sujeto sabe que en el avión hay una bomba que con seguridad estallará a determinada hora, se imputará el resultado. En cambio, si no lo sabe pero convence al tío de que suba al avión con la esperanza de que "algo suceda", y estalla una bomba, no se imputaría el hecho. En este último caso el autor dirige un curso causal sin saberlo, en cambio en el primero sí lo conoce. A primera vista pareciera que todo depende del conocimiento del autor. Sin embargo, considero que *el conocimiento del autor solo agrega un dato más para concretar el juicio objetivo de imputación*. En el citado ejemplo del sobrino, la pregunta sería: ¿es imputable el resultado de muerte a un hombre medio que convence a la víctima de subir a un avión, a sabiendas de que ese avión va a explotar? La respuesta obviamente debe ser afirmativa, en razón del dato adicional de concreción (conocimiento de la bomba): no por

---

35 En este sentido, Sancinetti:<<Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva>>, pág. 59.

36 Ello ha sido fuente para críticas a la imputación objetiva, vid. Kaufmann, <<¿Atribución objetiva…?>>, págs. 821 y ss; Cerezo Mir, *Curso*, tomo II, pág. 106; Struensee, <<Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo>>, págs. 263 y ss. En contra del tratamiento de estos casos como problemas relativos al dolo del autor, Roxin, <<Reflexiones sobre la problemática...>>, pág. 132.

tomar en cuenta un dato subjetivo, deja el juicio de tener naturaleza objetiva[37].

De sostenerse que los casos anteriores se solucionan a nivel del dolo, deberíamos afirmar, entonces, la existencia previa del tipo objetivo, lo cual únicamente podría basarse en el vínculo causal. Es decir, los partidarios de la solución de estos casos en el tipo subjetivo (dolo), deberían sostener, consecuentemente, que el tipo objetivo se conforma única y exclusivamente mediante la existencia de una relación de causalidad.

Por último, en este criterio se incluye también el caso de que el peligro ya existente no sea incrementado de modo mensurable[38], supuestos en los cuales existe poca probabilidad de aumentar el peligro desde un punto de vista *ex ante* (criterio de la adecuación)[39]. Por lo tanto, para poder imputar un resultado relevante el mismo debe provenir de una conducta adecuada, según el criterio del hombre medio situado *ex ante*, tomando en cuenta los conocimientos especiales del autor. Lo anterior explica la inclusión, en este criterio, de la falta de previsibilidad objetiva del resultado[40].

C.- Aumento del riesgo permitido (conducta alternativa conforme a derecho)

Sólo es imputable un resultado material cuando el mismo sea consecuencia de una conducta que aumenta el riesgo permitido. El riesgo

---

37 Correctamente expresa Cancio Meliá que la relevancia jurídico-penal de un hecho, la delimitación de "sucesivos <<niveles de contexto>> no puede hacerse conforme a un esquema simplista <<dentro de la cabeza-fuera de la cabeza>>... En este sentido, <<objetivo>> significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social", y el valor "intersubjetivo" de la conducta puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante, y esa valoración es distinta de la que se realiza en el tipo subjetivo (*Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, págs. 95 y ss).

38 Roxin, *AT*, vol.I, pág. 377 –55–; *DP*, pág. 367 –45–.

39 Así, ibídem, *AT*, vol. I, págs. 377 y ss –56–; *DP*, pág. 367 –46–; igualmente, Roxin, <<Reflexiones...>>, pág. 132. Sobre la "causalidad adecuada" como antecedente de la imputación objetiva, vid. Modolell, *Bases*..., págs. 60 y ss. Para la crítica a la teoría de la adecuación, Jakobs, *AT*, págs. 197 y ss –33 y ss–; *DP*, págs. 239 y ss –33 y ss–.

40 Vid. Roxin, <<Reflexiones...>>, pág. 132.

creado por la conducta debe ser el mismo que se materializa en el resultado. En el ámbito de la causalidad no es relevante la existencia de un “curso causal hipotético”, ya que la causalidad se determina desde un punto de vista científico-natural, es decir, la causalidad existe o no existe. No obstante, como afirma Roxin, ello no impediría atribuirle algún efecto a los llamados “cursos causales hipotéticos” en el ámbito de la imputación objetiva[41].

Así, en el caso de que una persona infrinja alguna prohibición normativa y esa conducta infractora haya causado un resultado, si pudiera comprobarse que este último habría ocurrido de igual forma aunque el autor actuare conforme a derecho, deberá negarse la imputación objetiva[42]. En cambio, si hay una duda al respecto, en el sentido de si el resultado efectivamente producido hubiese podido ser evitado mediante la conducta correcta, deberá entonces imputarse el mismo[43]. Por lo tanto, deben distinguirse los hechos hipotéticos que seguramente hubieran impedido la lesión ocurrida, o hubiesen ocasionado un hecho distinto, y los hechos hipotéticos cuya concurrencia no impediría el resultado de ninguna forma. Ambos supuestos aluden a la existencia de cursos causales hipotéticos, de allí su posible agrupación.

El primer supuesto se refiere a aquellos hechos conforme a Derecho que de haber sido realizados hubieran podido evitar el curso causal efectivamente ocurrido o, como se djo, este hubiese sucedido de diferente manera. Se cita el caso del conductor del camión que quiere adelantar a un ciclista sin guardar la distancia reglamentaria. En el momento del adelantamiento, el ciclista que conducía bajo efectos del alcohol, gira la bicicleta a la izquierda en razón de un efecto de cortocircuito explicable por el estado de embriaguez, cayendo bajo las ruedas traseras del remolque. Se prueba que probablemente el accidente también se hubiera producido de haber guardado el conductor del camión la distancia reglamentaria aunque, hipotéticamente, el resultado pudo haber sido distinto pues la diferencia entre la distancia efectivamente

---

41 *AT*, vol.I, pág. 379 –58–; *DP*, pág. 368 –48–.Resalta la importancia de los cursos causales hipotéticos, pero en relación al criterio de disminución del riesgo, Sancinetti (<<Observaciones...>>, págs. 64 y ss).

42 Vid. Roxin, <<Reflexiones...>>, págs. 134 y s.s. Igualmente, Rudolphi, *Causalidad e imputación*..., págs. 44 y ss.

43 Roxin, *AT*, vol.I, pág. 392 –88–; *DP*, pág. 379 –72–.

guardada y la que debió conservar, podía conllevar que el ciclista no fuese arrollado en el mismo momento y, por ende, que la lesión fuese distinta. Que una conducción correcta hiciera posible la salvación de la vida del ciclista, ameritaría la imputación objetiva del resultado[44]. Por argumento en contrario, si la conducta alternativa conforme a derecho de ninguna manera hubiera podido evitar el mismo resultado, debe entonces negarse la imputación. Así, el caso de los pelos de cabra que, sin desinfectar, el dueño de la fábrica de pinceles entrega a las trabajadoras, muriendo cuatro de ellas por la existencia de bacilos de carbunco en ese material. Se demuestra, sin embargo, que aun cuando el material se hubiese desinfectado, no habrían sido eliminados los bacilos y la muerte evitada[45].

De acuerdo con lo anterior, la posibilidad de evitación del resultado dañoso por la realización de la conducta alternativa conforme a derecho, sería motivo suficiente para imputar el resultado. Ahora bien, si la posibilidad de evitación del resultado por parte de la conducta alternativa conforme a derecho era ínfima, aunque posible, tampoco debería imputarse el resultado. En efecto, así como no puede imputarse un resultado a una conducta cuando esta representa *ex ante* un riesgo mínimo de producción del mismo, tampoco puede atribuirse un resultado realizado por una conducta infractora de un deber cuando la conducta conforme a derecho, alternativa, solo tenía una posibilidad mínima, *ex ante*, de evitar el resultado. Estos casos sucederán normalmente cuando el bien jurídico se encuentra a merced de otro acontecer riesgoso de mayor influencia en el desarrollo de los acontecimientos. Así, en el caso del ciclista, es la embriaguez de este lo determinante para que se produzca el acto de corto circuito. Por lo tanto, si la posibilidad de no atropellar al ciclista por conducir correctamente era mínima, dado el estado de embriaguez de aquel, pues no podría imputarse el resultado al conductor del camión. En suma, no es cualquier duda sobre la evita-

---

44 Ídem. Esta solución ha sido calificada por un sector de la doctrina como una infracción al principio del *in dubio pro reo*, (por todos, Zaffaroni, *DP*, pág. 472). Trata de compatibilizar el criterio con el respeto a dicho principio, Luzón, para quien será preciso que haya seguridad o al menos una gran probabilidad de que el resultado también se produciría de actuar correctamente el autor (*Curso*, pág. 386).

45 Mir Puig, *DP*, pág. 305 –62–; Roxin, <<Reflexiones…>>, págs. 134 y ss.

ción del resultado por el actuar conforme a Derecho, la que determinaría su imputación, sino una duda que permite concluir que la conducta alternativa correcta lo hubiese evitado, *con probabilidad media*.

D.- Prohibición de regreso

La prohibición de regreso fue creada por Frank como un baremo vinculado a la relación causal[46], sin embargo un sector de la doctrina penal considera que de la antigua prohibición de regreso de Frank queda hoy muy poco.

Tradicionalmente este criterio se ha formulado en los siguientes términos: no es imputable objetivamente un resultado causado a una conducta cuando entre esta y aquel se ha interpuesto la conducta antijurídica, dolosa o culposa, de un tercero. En tal caso, la realización del resultado por el tercero que actúa antijurídicamente es su obra voluntaria, y por lo tanto es independiente de la voluntad del primer actuante[47]. Así, A llega a un bar y deja su arma de fuego sobre una mesa, yéndose a conversar con unos amigos a otra mesa. Inmediatamente, en otro extremo del bar comienza una discusión entre B y C. B se percata de la existencia del arma dejada por A sobre una mesa y la toma para matar a C. En el ejemplo, la muerte no podría ser imputada a A, aunque él haya contribuido causalmente al resultado, porque entre su conducta y el resultado se interpone un tercero que actúa antijurídicamente, además de forma dolosa.

Se incluye dentro de este criterio el supuesto de daños ulteriores (segundos daños), vgr. choque en cadena, muerte sobrevenida mucho tiempo después como secuela de una antigua herida[48]. También, caben en este criterio los casos de intervenciones culposas de terceros. Así, en el ejemplo anterior, un cliente del bar toma el arma para observar su mecanismo y calibre, manipulándola de forma tal que se escapa un disparo que acaba con la vida de otro cliente. En este caso, tampoco se imputaría la muerte al dueño del arma, por la intervención antijurídica (culposa) del curioso.

---

46 Al respecto, vid. Mezger, *Tratado*, tomo I, págs. 242 y ss; Frister, *AT*, pág. 119, nota 11.

47 Naucke, <<Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal>>,págs. 46 y ss.

48 Luzón, *Curso*, pág. 384.

Un sector doctrinal considera que este criterio puede referirse solo a la intervención posterior de un tercero mediante un acto idóneo para asumir el riesgo, *sin necesidad de entrar a considerar si dicho tercero actúa antijurídicamente*[49]. Desde mi punto de vista, lo fundamental en la prohibición de regreso radica en el carácter antijurídico de la intervención posterior de un tercero, lo cual pudiera permitir la imputación del resultado al mismo.

En este punto se plantea un aspecto algo interesante: ¿son relevantes los conocimientos especiales que pudiera tener el causante del hecho? Resulta claro que se imputa el resultado al causante original cuando este se vale de la posterior intervención del tercero (vgr. en autoría mediata), o acuerda con él su decisiva intervención (el dueño del arma que llega al bar se pone de acuerdo, previamente, con la persona que la tomará para dispararle a un tercero). La duda radica en el caso de que el primer causante prevea, o le conste, la posterior intervención del tercero, sin aprovecharse de ella o acordarla previamente. Una primera solución sería la de imputar dicho resultado al primer causante, por ser previsible para una persona media, desde un punto de vista *ex ante*, que la intervención inicial podría ser aprovechada por un tercero para actuar de forma antijurídica. Sin embargo, esta solución parece exagerada ya que la conducta del primer causante podría ser adecuada socialmente, vgr. el deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero un arma que utiliza para matar a un tercero, cuestión que sospechaba el deudor[50]. En este caso no podría imputarse la muerte al vendedor, por ser su conducta adecuada socialmente.

E.- Conducta de la propia víctima

Existen supuestos en los cuales el riesgo es asumido por la propia víctima, lo cual impide la imputación del resultado a otra persona de "aquellos daños que la víctima se ha ocasionado *libre y voluntariamente*"[51].

---

49 Esta concepción, de cierta forma, la sostiene Jakobs, *AT*, pág. 214 y ss –59 y ss–; *DP*, págs. 259 y ss –59 y ss. Igualmente, Feijóo Sánchez, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho penal?*, pág. 30.

50 Jakobs, *AT*, pág. 214 –59–; *DP*, pág. 259 –59–.

51 Cuello Contreras, *PG*, 2002, pág. 607 –177–. Este criterio, afirma Cancio, se encuentra ya en los trabajos de Roxin (<<Sobre el fin de protección de la

Ejemplo: Si A se inyecta una dosis mortal de la heroína que ha recibido de B, causándose la muerte, a B no se le podrá imputar su muerte[52]. La conducta de la víctima se basa en el principio de autoresponsabilidad[53], según el cual el resultado lesivo, o el peligro, se le imputa a la propia víctima cuando ella ha asumido las consecuencias de un riesgo creado por un tercero.

Como afirma Cancio, constituye un criterio autónomo de imputación objetiva los casos de existencia de responsabilidad preferente de la víctima[54]. Así, cuando el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad capaz de producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima si: a) la actividad permanece en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y la víctima; b) la conducta de la víctima no ha sido instrumentalizada por el autor, por carecer ella "de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto–) responsable" (autoría mediata); c) el autor no tiene un específico deber de protección frente a los bienes de la víctima[55].

El anterior criterio supone la existencia de una organización conjunta entre la víctima y el autor, caracterizándose por una interacción entre ambos que crea un contexto común de un mismo significado objetivo[56]. Dicho significado objetivo se determina normativamente: serán "conjuntos" aquellos aspectos de la organización "que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y ello como función de su autonomía. Solo aquellos factores de riesgo que pueden entenderse como elemento inevitable de la actividad son asumidos en función de la autonomía de la víctima"[57]. En conclusión, en las actividades riesgosas realizadas conjuntamente, por regla general,

norma en los delitos imprudentes>>, págs. 190 y ss.).

52 Wessels-Beulke, *AT*, pág. 68 –186–.

53 Ídem.

54 *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 281.

55 Ibídem, pág. 284.

56 Ibídem, pág. 290.

57 Ibídem, págs. 290 y ss. Sobre lo relativo a la organización conjunta, ibídem, págs. 291 y ss.

la materialización de un riesgo concreto en una lesión o en un peligro real, del bien jurídico, se imputará a la propia víctima.

Adenda: La concausalidad

El artículo 408 CP hace alusión al llamado "homicidio concausal"[58], según el cual se atenúa la pena del homicidio "cuando la muerte no se hubiere efectuado *sin el concurso de circunstancias preexistentes desconocidas del culpado, o de causas imprevistas que no han dependido de su hecho*". Esta norma debe interpretarse conforme a los baremos de la imputación objetiva explicados anteriormente. En tal sentido, tanto las circunstancias preexistentes desconocidas, como las causas imprevistas independientes de la conducta del autor, deben ser previsibles *ex ante* según el juicio de una persona media situada en la posición del autor (riesgo típicamente relevante). Es decir, el autor no debe conocer las circunstancias, ni haberlas previsto, aunque un hombre medio en su situación hubiese contado con ellas. Así, el trillado ejemplo de la herida de navaja asestada con ánimo lesivo, que causa la muerte del hemofílico, solo podría ser imputada como homicidio concausal si era previsible tal condición (síntomas, advertencias, etc.).

II.- El tipo subjetivo en los delitos dolosos de resultado material

1. Introducción

El dolo, en la forma típica analizada, constituye su rasgo más característico[59]. Como afirma Welzel, si alguien hiere mortalmente a otro, la determinación de si se ha realizado el tipo de homicidio doloso o el de lesiones corporales con resultado de muerte (en nuestra legislación, homicidio preterintencional), o el tipo de homicidio culposo, depende de la existencia y del contenido del dolo[60], es decir, del fin que persigue el autor. Welzel fundamentó la ubicación del dolo en el tipo penal en

---

58 Arteaga Sánchez, *DP*, págs. 254 y ss.

59 En tal sentido, se debe a Welzel haber puesto de relevancia la importancia fundamental del dolo para la configuración del tipo penal (vid. *DP*, págs. 73 y ss).

60 Ibídem, pág. 73.

su concepción ontológica de la acción[61]. Como expliqué en su oportunidad, la acción final constituía para este autor una estructura del mundo del ser que el legislador no podía desconocer, por lo tanto el componente final de la acción (dolo) no podía seguir ubicado en la culpabilidad. Sin embargo, la doctrina dominante no recurre a dicha fundamentación para ubicar el dolo en el tipo, aludiendo más bien, entre otras razones, a la función motivadora de la norma[62] o a que el dolo contiene "...el sentido y significación plasmado en la situación dada"[63].

En mi opinión, el dolo se ubica en el tipo por una necesidad sistemática de subsunción del hecho. La tipicidad de una conducta es imposible de realizar si no se determina el dolo del autor: un disparo en un pie constituye el tipo de homicidio frustrado, o de lesiones gravísimas, según el fin que quería el autor. Si su intención era matar, y el disparo dio en el pie, estamos ante del tipo de homicidio frustrado. Si el fin que perseguía el autor era lesionar el pie de la víctima, entonces concurre el tipo de lesiones. Solo conociendo el aspecto subjetivo del autor se puede subsumir su conducta total en uno u otro tipo penal, o diferenciar un tipo doloso de uno culposo, un tipo consumado de un tipo intentado, etc.[64]

Aunque la ubicación del dolo en el tipo constituye doctrina dominante, en Venezuela la mayor parte de los autores mantienen la ubicación del dolo en la culpabilidad[65].

---

61 Vid. Welzel, *DP*, pág. 74.

62 Así Mir Puig, para quien la ubicación del dolo como integrante del hecho prohibido, antijurídico, se desprende de la atribución a la norma de una *función de motivación* dirigida a la mente del destinatario, la cual únicamente puede pretender determinar actos voluntarios en la medida de su voluntariedad. (<<El error como causa de exclusión del injusto...>>, pág. 209).

63 Bustos, *Manual*, pág. 280. Inclusive, algún autor vinculado al finalismo sostiene que la ubicación del dolo en el tipo de injusto no deriva de la concepción ontológica de la acción ("estructura finalista") sino de la concepción que del injusto sostenga cada Código penal (Cerezo Mir: <<La doble posición...>>, págs. 198 y ss).

64 Welzel, *DP*, pág. 73

65 Así, por todos, Mendoza Troconis, *Curso*, págs. 204 y ss; Chiossone, *Manual*, pág. 100; Arteaga Sánchez, *DP,* págs. 331 y ss.

2. El dolo (definición)

La doctrina causalista tradicional define al dolo como mala intención ("*dolus malus*"), requiriendo que el autor conozca y quiera las circunstancias fácticas del delito, agregando el conocimiento de la prohibición del hecho. En tal sentido, el dolo se configuraría con dos componentes, uno de carácter psicológico (conocimiento y voluntad del hecho), y otro de carácter normativo (conocimiento de la antijuricidad, prohibición, del hecho). Adicionalmente, esta concepción tradicional se caracteriza por ubicar el dolo en la culpabilidad como uno de sus elementos[66].

Por el contrario, la sistemática contemporánea, como mencioné anteriormente, considera desde Welzel que el dolo constituye un elemento fundamental del tipo penal doloso, y el mismo se entiende como *conocer* y *querer* los elementos que conforman el supuesto de hecho descrito en el tipo penal[67]. Aunque dicho conocimiento no se limita exclusivamente a los elementos descriptivos establecidos en el tipo penal sino también a los elementos de carácter normativo, debe destacarse que se trata de un concepto exclusivamente psicológico de dolo (el llamado "dolo natural"), por lo tanto se descarta el conocimiento de la prohibición del hecho (elemento que sigue formando parte de la culpabilidad).

3. Contenido del dolo

*T*radicionalmente la doctrina penal ha sostenido que el dolo se configura con la *voluntad* (querer) y el *conocimiento* de los elementos del tipo[68]. Para su configuración, el autor debe *conocer* los elementos del tipo y *querer* su realización (conocimiento y voluntad). Sin embargo, un sector cada vez más creciente de la doctrina penal prescinde de la voluntad (querer) como elemento del dolo, restringiéndolo al simple

---

66 Así lo hace, por ejemplo, Arteaga Sánchez, *La culpabilidad...*, págs. 97 y ss (especialmente págs. 113, y ss); igual, STSJ 66, del 30 de mayo de 2000 (Sala Plena).

67 En este sentido entiende Welzel el dolo como "la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito" (*DP*, pág. 77).

68 Por todos, ibídem, págs. 78 y ss. En este sentido, STSJ 179 del 13 de mayo de 2003 (Sala de Casación Penal).

conocimiento de los elementos típicos[69]. Así, para que se hable de un hecho doloso bastará que el autor conozca, se represente, el riesgo típico, y realice la conducta descrita en el supuesto de hecho, independientemente de que *quiera* o no realizar la lesión o el peligro del bien jurídico[70].

El Código penal venezolano expresa en su artículo 61 que nadie "puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye…". Por lo tanto, define al dolo como "intención", término que implica, en mi opinión, *querer* realizar el hecho delictivo[71]. El propio artículo 61 expresa que la intención debe abarcar el "hecho" que constituye el delito, es decir, la "intención"debe referirse tanto a la conducta como al resultado material (si este es requerido por el tipo penal), ya que en los tipos de resultado material el término "hecho" comprende a ambos. El resultado solo puede "quererse" ya que se trata de un hecho por ocurrir, constituyendo el auténtico fin perseguido (querido) por el autor. En suma, al menos desde el ángulo del Derecho positivo venezolano, no tendría cabida la posición según la cual el dolo únicamente se conforma por el conocimiento de los elementos del tipo.

---

69 Así, Jakobs, *AT*, págs. 261 –8–; *DP*, págs. 315 y ss –8–. Para Lesch la definición del dolo como saber y querer es incorrecta. Solo en el dolo directo se da una voluntad como realización positiva del querer, mientras que en el dolo indirecto se da una realización negativa de la voluntad en el resultado típico (<<Dolus directus... >>, pág. 809). Fundamentan el dolo en el conocimiento, aunque por razones valorativas, Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 175, y 189 y ss; Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, págs. 242 y ss. Incluso, se intenta crear un concepto de conocimiento de carácter normativo, limitando el componente psicológico en el mismo (así, Feijoo Sánchez: <<La distinción...>>, págs. 271 y ss; en igual sentido, Díaz Pita: *El dolo eventual*, pág. 290). Díaz Pita habla de la "aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente" (Ibídem, pág. 291). No obstante, debe señalarse que esta autora sostiene la necesidad del elemento volitivo en el dolo bajo el título "adopción de una decisión contraria al bien jurídico" (Ibídem, págs. 300 y ss).

70 Según Frisch, objeto del dolo no es el tipo penal mismo sino dicho tipo penal entendido como *conducta prohibida presupuesta (Vorsatz und Risiko*, pág. 352).

71 Así, Cobo-Vives, *DP*, pág. 631.

El art. 61 CP contempla el dolo como exigencia general de todos los delitos, de allí que las demás formas de imputación subjetiva, como la culpa, deban ser requeridas expresamente por el legislador para su punibilidad[72]. En efecto, como dije antes, expresa el referido artículo que nadie "puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye…", agregando después las otras formas: "…excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión". Por lo tanto, no es necesario que cada tipo penal concreto haga referencia al dolo del autor, como sí deberá hacerlo para los tipos culposos.

4. Objeto del dolo

El dolo debe abarcar todos los elementos del tipo penal, tanto los descriptivos como los elementos valorativos contenidos en el supuesto de hecho (tipo penal). Sobre los elementos valorativos, Mezger hace alusión a la valoración paralela realizada en la esfera del profano, es decir, según el hombre medio: "…es necesario, en orden a tal conocimiento de la significación, una *valuación paralela del autor en la esfera del profano*, o dicho más claramente: *una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido* que la valoración legal-judicial"[73]. En tal sentido, basta que el autor conozca la significación y función en la vida social, de los hechos designados con tales conceptos, en que se basa también su estimación jurídica en la ley[74]. Obviamente, no es necesario que el sujeto conozca perfectamente la valoración[75].

Además, el autor debe querer la conducta realizada, y las posibles lesiones o peligros que se deriven para los bienes jurídicos protegidos.

---

72 Así, Arteaga Sánchez, *DP*, págs. 332 y ss.

73 *Tratado*, tomo II, págs. 148 y ss.

74 Welzel, *DP*, pág. 91.

75 No obstante, según Gómez Benítez, el conocimiento del tipo objetivo implica ya una actitud valorativa del autor, en el sentido de que este conoce la "*lesión de un interés*", que lo vincula a la necesidad, o no, de realizar el tipo, conocimiento valorativo característico de la malicia. Sin embargo, añade, lo anterior no equivale al conocimiento de la antijuricidad (*Teoría*, págs. 205 y ss.).

5. Clases de dolo

a.- Dolo directo: se traduce en la intención del autor de realizar directamente el hecho. Ejemplo, A apunta al cuerpo de B y dispara causándole la muerte; *b.- Dolo indirecto (de segundo grado o de consecuencias necesarias):* se caracteriza porque el autor no busca la realización directa del hecho, sin embargo el bien jurídico lesionado, o puesto en peligro, que conforma este hecho no buscado directamente, se encuentra indisolublemente unido al bien jurídico que se persigue lesionar directamente (fin principal), o poner en peligro, de allí que para lograr afectar este último bien tenga *necesariamente* que afectar a aquel. Así, el caso del magnicida que para matar al tirano dictador, coloca una bomba en el vehículo a sabiendas de que la explosión también matará al guardaespaldas y al chofer del vehículo[76]. La muerte de estas últimas personas no son perseguidas directamente por el autor, sin embargo para el fin principal, la muerte del tirano, *necesariamente* debe efectuarse aceptar, la del chofer y del guardaespaldas; *c.- Dolo eventual:* antes de definir el contenido de esta especie de dolo, debe aclararse que el calificativo de "eventual" viene dado porque el hecho representado *no necesariamente* va a ocurrir, por lo tanto *lo eventual no es el dolo sino el hecho abarcado por el mismo*[77].

En cuanto a la definición del dolo eventual, la misma varía según la teoría acogida que, básicamente, han sido dos: la *teoría del consentimiento* y la *teoría de la representación*. Ambas se diferencian, a su vez, en la forma de concebir el contenido del dolo. La *teoría del consentimiento* se caracteriza porque exige el elemento voluntad, el "querer", con relación al posible resultado, de manera que existirá dolo eventual cuando el agente se representa un posible resultado, el cual acepta de antemano, pero que no *necesariamente* va a ocurrir[78]. Se utiliza para esta teoría la fórmula hipotética de v. Hippel enunciada así: "¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado...existe *dolus eventualis*; en

---

76 Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, pág. 366.

77 Acoge esta observación la STSJ 490, del 12 de abril de 2011 (Sala Constitucional).

78 En este caso, la aceptación del hecho se traduce en el "querer". Sobre la definición y evolución de esta teoría, vid. Ragués, *El dolo...*, págs. 60 y ss.

caso contrario, imprudencia consciente"[79]. Por lo tanto, de presentarse la situación eventual, el agente seguiría actuando. Por el contrario, si el sujeto concluye que de presentarse la eventual situación peligrosa dejaría inmediatamente de actuar, existiría culpa con representación de ocurrir el resultado. Esta teoría parte del supuesto de que el dolo implica el querer, contiene el elemento volitivo además del conocimiento del riesgo ("conocer" y "querer" como elementos del dolo). El elemento volitivo ha sido calificado por la doctrina bajo la frase "desprecio hacia el bien jurídico", en el sentido de que ante el hipotético riesgo de realización del resultado, el autor no haría nada por evitarlo ("no le importa lo que pueda pasar")[80].

Se le critica a esta teoría que pudiera acarrear una conclusión injusta ya que si la probabilidad del peligro es mínima y el sujeto la acepta existiría dolo eventual, en cambio si el hecho es extremadamente peligroso y lo ejecuta con la convicción de que si sucede algo él lo evitaría, aunque de hecho después no pueda hacerlo, la lesión o el peligro se le imputaría subjetivamente a título de culpa con representación[81].

Por su parte, la *teoría de la probabilidad* (o de la representación) sostiene que el dolo eventual no depende de "aceptar" o "querer" el hecho, sino de la representación del alto grado de probabilidad de su producción, a pesar de la cual el autor sigue ejecutándolo. Así, habrá dolo eventual en caso de que el autor "cuente con" la producción o

---

79 Gimbernat: <<Acerca del dolo eventual>>, pág. 246. Como bien afirma este autor, la teoría del consentimiento requiere la "aprobación", la "aceptación", el "querer" el resultado. Dicha teoría "va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido" (Ibídem, pág. 251). Critica Gimbernat que esta teoría exija la prueba de un hecho que no se ha dado en la realidad: "no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido" (Ibídem, pág. 252).

80 En este sentido, Welzel, *DP*, pág. 82 ;Gómez Benítez, *Teoría*, pág. 211. Acepta esta teoría, aunque con algunos matices, Zaffaroni, *DP*, 2001, págs. 524 y ss. Igualmente, la STSJ 1703, del 21 de diciembre de 2000 (Sala de Casación Penal), pareciera acoger esta teoría cuando afirma que el autor se representa como posible o probable el resultado, y sin embargo continua actuando, acepta su conducta, y "hasta quiere el resultado"

81 Así, Mir Puig, *DP*, pág. 273 –92–.

concurrencia del elemento del tipo, cuando ello le parezca "probable"[82]. Esta teoría supone negar el elemento voluntad (querer) como requisito del dolo[83]. Precisamente, los partidarios de que el dolo es puro conocimiento, comulgan con esta definición de dolo eventual. Además, como complemento de lo anterior, la única forma culposa que se castigaría sería la llamada culpa inconsciente[84],ya que la culpa consciente, precisamente en virtud de la referida representación del peligro, necesariamente debería calificarse como dolo.

Una posición marginal en relación al dolo eventual es la sostenida por Bustos Ramírez quien, por un lado, pareciera admitir la teoría de la probabilidad al afirmar que el dolo eventual "...sería aquel en que la realización perseguida lleva consigo un hecho típico *probable* con el cual se *cuenta* dentro de la realización llevada a cabo"[85]. No obstante, se refiere al dolo eventual como una especie de "...culpa con un elemento subjetivo del injusto... –contar con o decidirse por– (llamada dolo eventual), se equipara al dolo para los efectos de la pena en virtud de su mayor intensidad criminal, pero para establecer la diferencia se impone una atenuante"[86]. Para Bustos el llamado dolo eventual no es una forma de dolo, atribuyendo a la doctrina dominante la confusión

82 Gimbernat, <<Acerca del dolo...>>, pág. 244. Según este autor, esta teoría no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la situación peligrosa: "Imaginemos a un delincuente que huye y que dispara al pecho del agente de Policía que le persigue. Pues bien: la doctrina de la probabilidad se detiene en la situación peligrosa, se detiene en el momento en que el delincuente realiza el disparo, e investiga el grado de duda que el delincuente atribuía a la producción del resultado <<muerte>>" (Ibídem, pág. 251).

83 En tal sentido, sostiene Gimbernat que la teoría comentada tiene el grave inconveniente de prescindir de la voluntad del agente respecto al resultado, "a pesar de que el problema a decidir es el de si ha habido comportamiento *doloso*" (Ibídem, pág. 254). No obstante, sale al paso de esta última objeción fundamentando lo innecesario de exigir el elemento "voluntad" en el dolo (Ibídem, págs. 254 y s.s.). En general, resalta Gimbernat de esta teoría que la misma"...no confronta al sujeto con algo que no tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por criterio algo real: lo peligroso que al sujeto le parecía el comportamiento que llevaba a cabo..." (Ibídem, pág. 254).

84 Ídem.

85 *Manual*, pág. 286.

86 Ibídem, pág. 291. Igualmente, <<Política criminal y dolo eventual>>, págs. 253 y ss.

del elemento subjetivo agregado (“contar con”, “decisión contra”), con el proceso psicológico del dolo[87]. Según Bustos, si el dolo es querer, el mismo está en relación con un proceso real de volición de un determinado suceso de la realidad, mientras que en el dolo eventual se sustituye un proceso real por uno totalmente hipotético, “luego no se puede hablar de realización volitiva, sino exclusivamente de hipótesis aceptada”[88]. En esta teoría, Bustos incurre en dos errores: en primer lugar, da por sentado que el dolo implica un elemento volitivo lo cual no es algo indiscutido en la doctrina. Por otra parte, confunde el elemento

---

87 Ídem. Pareciera también concluir que el “dolo eventual” no es una forma de dolo, la STSJ 1703, del 21 de diciembre de 2000 (Sala de Casación Penal), citada anteriormente. Lo contradictorio radica en que la propia decisión considera que el dolo eventual es “intención” (habla de “homicidio intencional, a título de dolo eventual”). Si el dolo eventual constituye “intención”, se trata de una forma de dolo y no de un “estado intermedio entre el dolo y la culpa... mixtura de dolo y culpa, o...culpa informada de dolo o por el dolo...”. El error de la sentencia parte de no aceptar que el dolo eventual sea una forma de dolo, lo cual conduce a una decisión sorprendente: la sentencia crea un nuevo tipo penal, cuyo límite superior de la pena es de 12 años (término inferior del homicidio simple), y su límite inferior es de 5 años (límite superior del homicidio culposo). Tal proceder viola flagrantemente el principio de legalidad, en el sentido de que los tipos penales están “incomunicados”, es decir, cuando existen vacíos legislativos (“laguna legislativa”) en materia penal, no pueden ser llenados por el intérprete. De allí que no se puedan crear nuevos tipos penales, y ello no constituye una “formalidad no esencial”. En Derecho penal el principio de legalidad es esencial, al punto que aun cuando se persiga un fin “justo”, el juez no puede crear nuevos tipos penales. La única solución posible, en el caso muy discutible que se considerara que el dolo eventual no es tan grave como el dolo directo, sería aplicar la pena del homicidio doloso en su límite inferior, conforme a la atenuante del ordinal 4° del artículo 74 CP. El juez no puede quebrantar la ley, inclusive en el caso de que persiga un fin superior. La función de corrección de la ley penal corresponde al legislador, no a los jueces.

88 <<Política criminal y dolo eventual>>, pág. 238. Esta conclusión es reflejo de la crítica realizada por Gimbernat a la llamada teoría del consentimiento, según la cual en el dolo eventual existe una confrontación con una hipótesis, con algo que efectivamente no ha ocurrido. Incluso, más recientemente Bustos-Hormázabal consideran el dolo eventual como una auténtica culpa con representación, que se asimila al dolo en la pena; así como en el Derecho civil se asimila la culpa grave al dolo, también ocurre lo mismo con el dolo eventual (*Lecciones*, págs. 314 y ss).

interno, la aceptación del hecho, con la eventualidad de este. Como dije antes, lo eventual en el llamado "dolo eventual" es el hecho, por lo tanto en esa clase de dolo el problema es fundamentalmente objetivo. El dolo eventual se traduce en la forma de relacionar la probabilidad relativa de ocurrencia de un hecho, con la voluntad de producirlo.

En resumen: Los problemas del dolo eventual tienen naturaleza principalmente objetiva, en el sentido de que lo fundamental para determinar su existencia es la probabilidad de realización de la lesión o peligro del bien jurídico, más que su representación o aceptación. En efecto, hay un aspecto objetivo fundamental en el dolo eventual que se relaciona con la probabilidad de la lesión. Así, si el autor apunta a la cabeza de la víctima a una distancia de medio metro, tendrá más probabilidad de acierto que si apunta desde 500 metros a una persona confundida en la muchedumbre. Por ello, la primera parte del análisis del dolo eventual se vincula a la probabilidad del daño. La segunda parte se refiere a la representación de dicho daño, que precisamente por no ser de una segura realización, el autor deja su producción al azar o a cualquier otra eventualidad.

En relación a la legislación positiva venezolana cabe la pregunta de si se reconoce el dolo eventual, sobre todo porque el artículo 61 CP hace referencia a la intención como esencia del dolo. Como mencioné antes de pasada, el término "intención" alude al querer como elemento fundamental del dolo. Ahora bien, con el término "intención" lo único que se exige es que el dolo deba incluir un elemento volitivo, además del simple conocimiento del riesgo. En consecuencia, estarían abarcados dentro de ese término todas las formas de dolo descritas, incluso la "aceptación" del hecho. Entonces, más que preguntarnos sobre si el dolo eventual está o no admitido por la legislación venezolana, la pregunta sería precisamente qué teoría sobre el dolo eventual es aplicable a la legislación venezolana[89]. Según expliqué, el término "intención" implica que el dolo se configura mediante el "querer" y el "conocer",

89 No obstante, la STSJ 554 del 29 de octubre de 2009 (Sala de Casación Penal), llegó a concluir que el dolo eventual no podía ser castigado en Venezuela, por no estar "contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal", a riesgo de infringir el principio de legalidad. Tal error partió, desde mi punto de vista, del hecho de no concebir al dolo eventual como una forma de dolo. Este error fue rectificado por la Sala Constitucional del máximo tribunal en sentencia

por lo tanto el dolo eventual solo podrá concebirse mediante la llamada teoría de la voluntad. De allí que, según la legislación venezolana, no basta que el autor se represente el riesgo de lesión o peligro, sino también debe aceptar el hipotético resultado dañoso[90].

d.- Dolus generalis: se habla de esta categoría cuando el autor piensa haber realizado el delito, aunque el resultado se produce por una acción posterior, en principio, no abarcada por el dolo del autor[91], destinada a encubrir el hecho. Así, por ejemplo, el autor que con el fin de deshacerse del cadáver, arroja este al agua en la creencia de que la víctima ya está muerta, pero solo allí consigue efectivamente la muerte[92]. Desde mi punto de vista, la acción posterior usualmente será abarcada por el dolo eventual del autor. En efecto, si se lanza al río a la persona que se cree muerta, con el fin de desaparecer el cadáver, existiría un dolo eventual de homicidio y no un error de tipo (falta de dolo) por parte del autor[93].

En todo caso, el dolo del autor debe referirse a los rasgos esenciales del hecho, y no a sus mínimos detalles[94]. Así, el caso citado del sujeto

---

490, del 12 de abril de 2011. Esta última sentencia deja en claro que el dolo eventual constituye una especie del dolo.

90 Para Arteaga Sánchez el concepto de dolo del art. 61 debe entenderse en un sentido amplio, que abarca todas las anteriores especies de dolo (*DP*, págs. 351 y ss); en sentido similar, STSJ 490, del 12 de abril de 2011 (Sala Constitucional).

91 Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 277.

92 Welzel, *DP*, pág. 89.

93 Según Welzel, cuando la voluntad se dirige a matar en forma encubierta, el hecho de ocultar la víctima es solo un acto parcial, no independiente de la acción en su conjunto, de allí que exista homicidio doloso consumado. En cambio, agrega, si la resolución de eliminar el cuerpo se adopta solo con posterioridad, habría tentativa de homicidio en concurso real con el delito de homicidio culposo (Ídem). Gómez Benítez parte de la existencia de un dolo general según el cual "...que el dolo inicial se traslade al segundo acto no resulta una ficción, porque se puede constatar que el segundo acto no es más que la confirmación de un dolo global" (*Teoría*, pág. 234); en sentido similar, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 277. En este caso, afirman estos autores, el sujeto debe responder por "un solo delito consumado doloso".

94 Según Schroeder, objeto del dolo y de la imprudencia no es, ciertamente, el curso causal en sus rasgos constitutivos (substanciales), aunque sí la concreta

que intenta matar a la víctima mediante una herida de cuchillo, y muere por la infección contraída por la hoja oxidada del cuchillo. Aunque el autor no haya pensado en causar la muerte por la infección sino por la herida del cuchillo, se considera que el dolo no debe abarcar estas accidentales desviaciones del curso causal.

6. Ausencia de dolo típico

A. Concepto

El dolo del autor falta cuando este actúa bajo error, error denominado “error de tipo”. Como expresé anteriormente, el tipo penal contiene elementos normativos y descriptivos. En el caso de que el autor tenga una representación falsa de cualquiera de los elementos que conforman el tipo penal, existirá un *error de tipo*[95]. Se sustituye así la antigua distinción entre *error de hecho* y *error de derecho*. La razón de que mayoritariamente no se acoja esta distinción obedece a que el tipo penal contiene elementos que pueden requerir un juicio “de hecho” (elementos descriptivos), o bien un juicio normativo, “de derecho” (elementos normativos) y, sin embargo, el desconocimiento de ellos debe tratarse como un error sobre el tipo[96]: toda equivocación sobre un elemento del tipo debe tratarse como un error de esta clase. Así, en el tipo de homicidio (art. 405 CP) se exige que el autor sepa que dispara en contra de una persona para privarlo de la vida, por lo tanto debe analizarse si el dolo del autor abarcó esa acción de dar muerte a una persona. En cambio, en el tipo de falsedad de documento privado (art. 321 CP) se

---

aptitud de la acción para producir el resultado (<<Preliminar al parágrafo 16 del StGB>>, pág. 25 –29–).

95 Bacigalupo asemeja la “falsa representación” a la ausencia de representación:“... el error de tipo importa una *representación falsa* en el autor sobre los elementos del tipo objetivo. A esta representación falsa es totalmente equiparable la *ignorancia* de elementos del tipo objetivo, es decir la falta de toda representación” (<<El error sobre los elementos del tipo… >>, pág. 144). Esta afirmación conllevaría a aceptar que en todo tipo culposo existe un error, conclusión válida, desde mi punto de vista, únicamente en la llamada “culpa consciente o con representación”. El error implica una equivocación, y ello solo puede darse cuando existe una falsa percepción de los hechos.

96 Vid. Mir Puig, *DP,* pág. 279 –109–. En general, sobre la terminología, vid. Welzel, *DP*, págs. 197 y ss; igualmente, del mismo autor, *El nuevo sistema...*, págs. 178 y ss.

exige que el autor conozca que su acción recae sobre un "documento privado", así como en el tipo penal de hurto (art. 451 CP) se requiere que el autor conozca el carácter "ajeno" del bien mueble apoderado. En estos últimos ejemplos se exige un juicio de carácter "normativo" para determinar el contenido del elemento. En efecto, "documento privado" o "ajenidad de la cosa" son conceptos que no pueden determinarse sino mediante un juicio de valor. No obstante, el error sobre ellos también se considera un error sobre el tipo penal.

Todo lo anterior no constituye un simple "problema terminológico", ya que adoptar una u otra distinción acarrea consecuencias jurídicas distintas. Ciertamente, según la distinción "error de tipo-error de prohibición", el error sobre los elementos del tipo implica una falta de dolo, por lo tanto, una falta de tipo penal. Ahora bien, el error de prohibición constituye una falta de conocimiento de la prohibición jurídica del hecho realizado, cuestión que se trata como un problema relativo a la culpabilidad del autor. Por el contrario, según la antigua distinción "error de hecho-error de derecho" no pueden determinarse muy bien las consecuencias que acarrea la concurrencia de cada uno de los supuestos de error. Así, en los ejemplos mencionados con referencia a los artículos 321 y 451 CP, si el desconocimiento del carácter ajeno de la cosa, o de la naturaleza privada del documento, constituye un error de hecho, ¿debería entonces concluirse que falta el tipo penal? O bien, si se considera que dicho desconocimiento es un "error de derecho", ¿debería sostenerse la falta de culpabilidad, o debe tratarse también como una ausencia del tipo penal? En suma, la distinción error de hecho-error de derecho, no aclara las consecuencias sistemáticas de la misma. Obviamente, no produce las mismas consecuencias declarar la exclusión de la responsabilidad penal por falta de tipo que por falta de culpabilidad. De allí que, desde un punto de vista sistemático, resulta mejor referirse a la distinción "error de tipo-error de prohibición".

Igualmente, el dolo del autor debe extenderse a las circunstancias atenuantes y agravantes para que las mismas puedan ser apreciadas, razón por la cual a ellas se les aplican los principios generales en materia de error de tipo[97]. De cierta forma este principio se acepta en el artículo 68 CP, según el cual si alguien "por error, o por algún otro accidente,

97 Así, Maqueda Abreu: <<El error sobre las circunstancias...>>, págs. 712 y ss.

comete un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien había dirigido su acción, no se le imputarán las circunstancias agravantes que dimanen de la categoría del ofendido o lesionado o de sus nexos con este, pero sí las que habrían disminuido la pena del hecho si lo hubiera cometido en perjuicio de la persona contra quien se dirigió su acción".

Por otra parte, en principio, pareciera que el error, falta de dolo, solo se refiere al conocimiento de los elementos del tipo. Sin embargo, ¿puede faltar el elemento volitivo del dolo a causa del error? Si se parte de que el dolo se configura por el conocimiento y la voluntad del autor, entonces la falta del elemento volitivo (querer), también debe considerarse un error de tipo.

Aunque la presencia del dolo se analiza en el ámbito de la tipicidad, es de destacar que el conocimiento o el querer pueden verse afectados por una enfermedad mental. Así, el esquizofrénico que sufre de alucinaciones y en consecuencia golpea al sujeto que camina a su lado porque cree que es su perseguidor, podría incurrir en un error de tipo ya que erróneamente cree que lo están atacando. En consecuencia, el estado mental de una persona, el cual se analiza fundamentalmente en el ámbito de la culpabilidad, podría influir en el dolo del autor[98].

B. Clases de error de tipo

Dentro del error de tipo se distinguen el *error vencible* y el *error invencible*. El primero se caracteriza porque el autor, de haber actuado con el cuidado debido, hubiese podido evitar incurrir en él. Por ejemplo, el cazador que lleva varias horas buscando su presa y de pronto observa que se mueven unos matorrales, en el momento que escucha el sonido característico del animal que busca. Sin percatarse, dispara contra los arbustos resultando herida una persona que se escondía allí. Con un poco más de cuidado, la causación de esta lesión podía haber sido evitada.

Por su parte, el error invencible lo define la doctrina tradicional como aquel que en modo alguno podía evitarse, incluso si el autor hubiese actuado cuidadosamente[99]. En mi opinión, la definición do-

98 En este sentido, Zaffaroni, *DP*, págs. 535 y ss.

99 Por todos, Mir Puig, *DP*, pág. 279 –111–.

minante del error de tipo invencible pudiera ser corregida. En efecto, si estamos ante una equivocación en la cual cualquier persona hubiese podido incurrir, el asunto ya no se referirá al conocimiento concreto de la situación, es decir, al dolo. En este caso la problemática a considerar sería de imputación objetiva, en el sentido de que una persona media situada en la posición del autor no hubiese podido escapar al error. Por lo tanto, el asunto tiene carácter totalmente objetivo, en modo alguno subjetivo. Desde un punto de vista *ex ante*, el riesgo creado era totalmente imprevisible para cualquier persona media situada en la posición del autor.

No obstante, el término "error invencible" pudiera quedar restringido a los casos en que el autor, en su situación concreta, no podía escapar al error. Es decir, sus propias particularidades (vgr., una enfermedad mental o un impedimento físico como la ceguera) conllevarían a que él no hubiese podido escapar al error. Solo en este caso se podrá hablar de un error de tipo invencible (concreto). De manera que, el carácter invencible del error únicamente podrá referirse a un sujeto concreto, será invencible en su caso particular.

El error vencible excluye el dolo (no se configura el tipo doloso), pero mantiene la existencia de la culpa del autor. El autor realizaría un tipo culposo, en caso de que el mismo haya sido tipificado por el legislador. En cambio cuando el error es invencible (concreto), la conducta siempre quedará impune.

La doctrina distingue igualmente entre el *error de tipo esencial* y el *error de tipo accidental*. El primero se caracteriza porque recae sobre un elemento estructural del tipo, por lo tanto excluye el dolo del autor. Así, quien dispara contra una persona creyendo que se trataba del animal feroz que perseguía solo podría responder, a lo sumo, por un tipo culposo. En cuanto al *error accidental* (art. 68 CP), el mismo recae sobre un elemento no estructural del tipo, en el sentido de que su desconocimiento no implica la ausencia total del dolo, sino exclusivamente del dolo sobre ese concreto elemento accidental. Así, quien dispara contra su padre confundiéndolo con el mejor amigo de este a quien se perseguía matar, no comete el tipo de parricidio (Art. 406, numeral 3 CP), aunque sí el tipo básico de homicidio doloso.

C. Modalidades adicionales de error

Al repecto, puede distinguierse el *error sobre el objeto o en la persona (error in objeto vel in persona),* en que el autor se equivoca respecto al objeto material hacia el cual dirige su conducta, como sería confundir la víctima con otra persona (confusión en la identidad de la víctima)[100]. Por ejemplo, los secuestradores que planean privar de la libertad a un importante industrial, pero yerran en la descripción y secuestran a la persona equivocada. En principio, tal error carece de relevancia salvo que, por causa del error, la acción recayere sobre una persona con tratamiento especial (vgr. un ascendiente o el jefe de Estado), caso en el cual al autor no se le podría castigar por el tipo calificado que protege tal característica especial. Así, quien persigue dar muerte al edecán del jefe de Estado y, por error en la identidad de la persona da muerte al propio jefe de Estado, no responderá por el delito de magnicidio sino por homicidio simple. En este supuesto se trataría entonces de un error relevante. Ahora bien, en el resto de los casos donde el objeto o la persona no tienen un tratamiento especial, tal error carecería de relevancia[101].

Error en el golpe (aberratio ictus)[102]: Así, A dispara con dolo homicida contra B, pero mata a C quien estaba junto a B. El primer problema a dilucidar es si esta modalidad constituye realmente un supuesto de error, en los términos explicados anteriormente. En efecto, nótese que el conocimiento de A, en el ejemplo planteado, es perfecto, sin embargo falla su pericia en acertar el objetivo perseguido. El tratamiento de este ejemplo como un caso de error depende del contenido del dolo. Si se considera que el dolo no solo se constituye mediante el conocimiento del autor sobre los elementos del tipo, sino también por un componente volitivo sobre ellos (el querer), debe entonces admitirse que en la *aberra-*

---

100 Así, Schreiber: <<Grundfälle zu “error in objecto”...>>, pág. 873. Según Loewenheim, el error “in obiecto” consiste en que en el autor se introduce una confusión en la percepción del objeto de su acto. La característica de este error radica por lo tanto en que el autor alcanza el objeto, al cual ha dirigido su ataque, pero aquel objeto alcanzado no es al que quiso dirigir su ataque, porque ha confundido ambos objetos (<<Error in obiecto...>>, pág. 311).

101 En general, se considera que si los objetos son equivalentes el error es irrelevante (Así, Welzel, *DP*, pág. 90).

102 Vid. al respecto, Silva Sánchez: <<“Aberratio ictus” e imputación objetiva>>, págs. 41 y ss.

tio ictus nos encontramos ante una auténtica falta de dolo en relación al objeto realmente afectado, de allí su tratamiento como error[103]. Esta pareciera ser la posición de la doctrina dominante, ya que esta considera el caso planteado como un concurso de tipo doloso con un tipo culposo. En cambio, si se acepta que el dolo se configura exclusivamente con el conocimiento de los elementos que configuran el tipo, la *aberratio ictus* no constituiría un problema de error sino un mero caso de falta de pericia del autor, de allí la posibilidad de imputar a título de dolo eventual respecto al objeto efectivamente lesionado[104].

7. Elementos subjetivos distintos al dolo del autor

En determinados casos, puede que el tipo penal exija un elemento subjetivo adicional al dolo del autor, como sería un especial ánimo o un fin particular, que debe concurrir para la realización del tipo. En tal sentido, puede que el tipo penal exija un especial fin que deba perseguir el autor, pero cuya efectiva consecución no es necesaria para la consumación del delito (elemento subjetivo de *tendencia interna trascendente)*[105]. Por ejemplo, en el tipo de rapto (art. 383 CP) se exige

---

103 Erróneamente considera la STSJ 41, del 22 de febrero de 2007 (Sala de casación penal), que en el caso de *aberratio ictus* no hay incidencia en la intención del autor. En esta sentencia, el TSJ determinó que subsiste el dolo respecto a quien resultó muerto por el disparo, aunque la conducta del autor se dirigía a otra persona.

104 Para Gómez Benítez, si los resultados son igualmente desvalorados, el sujeto debe responder solo por el delito consumado, como si lo hubiese realizado dolosamente, ya que el cambio en los objetos de la acción no produce alteración alguna (*Teoría*, pág. 229). En parecido sentido, expresa Bacigalupo que todo depende (*sc.* la solución del caso de la *aberratio ictus*) "de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido, resulta sin duda suficiente para el dolo del autor, con su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia...para el dolo no se requiere la voluntad de matar a alguien, sino a *otro*, y esta voluntad existe también cuando el autor se representa seriamente la posibilidad del resultado de su acción" (<<El error sobre los elementos del tipo… >>, págs. 154 y ss). Aunque esto sea cierto, se plantearía un concurso real entre un homicidio frustrado y uno consumado con dolo eventual.

105 Jescheck, *Tratado*, vol. I, pág. 437; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 319.

que el autor prive de su libertad a la mujer con "fin de libertinaje o matrimonio". Dicho fin no es necesario que se logre, aunque deba estar presente cuando el autor ejecuta su conducta. La doctrina distingue si el referido resultado trascendente (en el ejemplo, el "libertinaje" o el matrimonio) debe darse por sí solo, o si requiere de la ejecución de un acto adicional por parte del autor[106]. En mi criterio, lo fundamental en esta clase de elementos subjetivos es que se trate de un fin cuya realización trascienda, exceda, a la consumación del tipo, independientemente de que ello dependa de una posterior conducta del autor o no.

Por otra parte, puede que el tipo penal exija un especial ánimo, una especial actitud interna del autor, para la configuración del tipo, como el ánimo lascivo en el tipo de abuso sexual sobre niños (art. 259 LOPNNA), o el ánimo de lucro en delitos patrimoniales (elementos subjetivos de *tendencia interna intensificada*)[107]. Normalmente, el legislador utiliza esta técnica para distinguir una conducta ofensiva de una irrelevante penalmente. Así, no es lo mismo el tocamiento de los órganos sexuales de la niña que realiza el ginecólogo, con ánimo terapéutico o con ánimo libidinoso. Lo primero no es punible, a diferencia de la segunda conducta[108]. Según esto, si el tocamiento es inadecuado a los fines de la auscultación médica, pero el médico lo realizó sin ánimo libidinoso, por una simple torpeza, habrá que negar el tipo penal de abuso sexual.

Por último, en algunos casos el tipo penal exige para su consumación una discrepancia entre lo que se expresa y lo que se conoce (ele-

106 Así, se distingue entre los llamados delitos de *resultado cortado*, en los cuales el fin ulterior ha de producirse por sí solo con posterioridad a la conducta del autor, y los delitos *mutilados de dos actos*, donde el resultado adicional no exigido por el tipo requiere un acto posterior del autor (Ídem).

107 "La característica de este grupo es que la acción se halla dominada por la dirección de la voluntad del autor, la cual le confiere su impronta particular o una especial peligrosidad para el bien jurídico protegido" (Ídem).

108 Dice Jiménez de Asúa, citando expresamente a M.E.Mayer quien alude al ejemplo del Fausto: "No es indiferente que el joven médico siga las excitaciones de Mefistófeles y coja (a la mujer) "en torno a la esbelta cadera para ver cuán firme apretada es", con la intención que el demonio supone o con la que él afirma tener (*sc.*, intención terapéutica); lo uno está prohibido, lo otro permitido" (*Tratado*, tomo III, pág. 821).

mentos subjetivos de *expresión*)[109]. Ejemplos de tipos penales con esta clase de elemento subjetivo serían el falso testimonio (art. 242 CP), donde el autor declara ante el órgano judicial algo distinto a lo que efectivamente conoce; o la calumnia (art. 240 CP), tipo en el cual el autor acusa o denuncia a otra persona a sabiendas de su inocencia. Sin esta contradicción no podrían configurarse los tipos señalados.

Los elementos subjetivos señalados no deben confundirse con el dolo del autor[110]. En el tipo de rapto el autor tiene la intención de privar de su libertad a la mujer (dolo), y un elemento subjetivo adicional (el fin de matrimonio o de libertinaje). Igualmente, en el tipo de falso testimonio el autor sabe que declara ante un tribunal, y quiere hacerlo, todo lo cual constituye el dolo. Sin embargo, adicionalmente, expresa algo distinto a lo que realmente conoce.

---

109 Jescheck, *Tratado*, vol. I, pág. 438; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 320.

110 Arteaga Sánchez, siguiendo la doctrina clásica italiana, los denomina "dolo específico" (*DP*, págs. 353 y ss); igual, STSJ 66, del 30 de mayo de 2000 (Sala Plena).

CAPÍTULO IV
TIPOS DE MERA ACTIVIDAD

Bibliografía concreta citada

Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung*, segunda edición 1914 -1965-, Scientia Verlag Aalen, tomo 2, 1; Fischer, Thomas: <<Previo al § 13>>, en *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, C.H. Beck, München, 2013; Frisch, Wolfgang: *Vorsazt und Risiko*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983; Graul, Eva: *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991; Münzberg, Wolfgang: *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1966; Schönke-Schröder-Lenckner-Eisele: <<Previo a los §§ 13 y ss>> en *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H.Beck, München, 2010.

I.- Concepto

La doctrina penal mayoritaria diferencia entre tipos de resultado y tipos de mera actividad[1], sin embargo pueden apreciarse diferentes matices en la fundamentación de la mencionada distinción, y por ende en la definición del tipo de mera actividad. En efecto, un sector de la doctrina define este último aludiendo a la ausencia de un "resultado", el cual se concibe, a su vez, como un cambio en el mundo exterior espacio-temporalmente separable de la conducta[2]. Otros autores asumen un concepto semejante, aunque sin precisar en qué sentido se entiende el término "resultado"[3]. También algunos combinan en la definición

1 Como ejemplos de esta clase de delitos se mencionan, entre otros, la violación de domicilio (art. 183 CP), la bigamia (art. 400 CP), el falso testimonio (art. 242 CP), etc., y todos los delitos donde se castiga la posesión ilícita de algún objeto (armas de fuego, drogas, explosivos, etc.).

2 Así, Schönke-Schröder-Lenckner-Eisele, <<Previo a los §§ 13 y ss>>, pág. 190 -130-; igualmente, Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 263.

3 Por ejemplo, Otto, *Grundkurs*, pág. 41 -10- .

de estos tipos penales, la ausencia de resultado con la forma usada por el legislador para describir el tipo[4].

A los fines de aprovechar al máximo la relevancia dogmática del concepto de "resultado", este debe ser definido en su sentido tradicional, es decir, como toda modificación del mundo exterior espacio-temporalmente *separada* de la conducta, producida causalmente por esta, siendo exigida dicha modificación por el legislador para la consumación del tipo. En esta clase de delitos, el legislador requiere algo más que la simple conducta del autor para la consumación, por lo tanto si la modificación del mundo exterior se confunde con la propia conducta o con parte de ella, no puede hablarse de resultado en el sentido arriba indicado[5].

Partiendo de estos presupuestos, se puede definir el tipo de mera actividad como *aquel en el que solo se exige la conducta del autor para la realización del tipo, sin necesidad de un hecho (suceso) espacio-temporalmente separado de la misma. En estos delitos, la conducta constituye el principio y el final de la realización típica, el punto final típico*[6]. Lo anterior también pudiera formularse de la siguiente manera: *la conducta del autor será el objeto central de las valoraciones necesarias para determinar la realización del tipo penal.*

II.- Tipo objetivo

El primer elemento a determinar en el tipo objetivo de esta clase de delitos sería si la conducta infringe un deber normativo[7]. Sin embargo, desde mi punto de vista, el injusto objetivo del tipo de mera actividad

---

4 En este sentido, Baumann-Weber-Mitsch, *AT*, pág. 107 -39-; Haft, *AT*, pág. 50; Fischer, <<Previo al § 13>>, pág. 79 -18-.

5 De acuerdo a la definición expuesta, deben entonces ser desechadas las opiniones que consideran que todo delito tiene resultado, o que lo entienden como la "realización del tipo" (así ya, Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 2, 1, pág. 300, nota nº 6. Por ello niega también Binding, siguiendo a Kohlrausch, la existencia de delitos de mera actividad).

6 Maurach-Zipf, *AT*, vol I, pág. 286 -27-; Graul, Abstrakte *Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, pág. 20.

7 De esta opinión, Münzberg, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, pág. 59 -vid también la nota nº 117 en la misma página-.

no se limita exclusivamente al simple análisis de la infracción del mandato. Debe atribuirse al autor los elementos objetivos contemplados en la descripción típica, mediante el baremo de la imputación objetiva, elementos de los cuales precisamente dependerá la infracción del mandato normativo[8].

La forma de atribuirle los elementos de la descripción legal al autor depende de una valoración *ex ante*. En este sentido, sostiene Frisch que la conducta prohibida presupuesta en algunos delitos, concretamente en los tipos de mera actividad, se fundamenta en la "posibilidad de existencia de determinadas circunstancias" exigidas por la figura legal[9]. Dicha "posibilidad" tiene carácter objetivo[10], determinada mediante el "óptimo juicio en la (según) la situación" (*optimale Urteil in der Situation*), tomando en cuenta el saber "ontológico" y "nomológico" del autor[11], juicio realizado, además, desde un punto de vista *ex-ante*. Parafraseando un ejemplo del propio Frisch, en el caso del delito de estupro[12] el autor debe contar con que la víctima, según un punto de vista *ex ante* (modo de comportarse, aspecto, etc.), sea menor de 14 años[13]. Solo si *ex ante* concurre dicha posibilidad de existencia, se puede hablar de una conducta típica (prohibida).

Valga el siguiente caso para ilustrar la anterior construcción: después de la segunda guerra mundial, el marido obtuvo una declaración judicial de muerte de su esposa desaparecida, lo cual le permitió contraer segundas nupcias. Sin embargo, el marido contaba con la posibilidad de que su primera esposa aún viviera[14] y, efectivamente, se comprobó la sobrevivencia tiempo después de que él hubiere contraído un segundo matrimonio. Se plantea así el problema de la existencia de un

---

8 Así, Frisch, *Vorsazt und Risiko*, pág. 356.

9 Ídem, pág. 356.

10 Ibídem, pág. 358.

11 Ibídem, pág. 359.

12 En Venezuela el equivalente a este delito se contemplaría en el primer párrafo del artículo 269 LOPNNA, aunque la edad requerida para la configuración del tipo es de hasta 12 años.

13 Al respecto, ibídem, págs. 371 y ss.

14 Hasta este punto, basado en un caso del Tribunal Supremo alemán (vid. BGH 4, 6).

injusto objetivo de bigamia (tipo de mera actividad). De acuerdo a lo dicho *supra*, el primer nivel de análisis consiste en determinar si, desde un punto de vista *ex ante* había la posibilidad de vigencia del primer matrimonio, para lo cual un observador objetivo debería concluir, fundamentalmente, si la declaración judicial se basa en hechos verosímiles en torno a la muerte de la primera esposa. En tal sentido, pareciera que por tratarse de una declaración judicial correctamente formulada, la misma no debería ser puesta en duda o, dicho de mejor manera, debería tenerse como cierta hasta prueba en contrario, sobre todo porque esa declaración judicial se basa en un dato cierto, concretamente en la desaparición de la primera mujer durante la guerra. En este caso, si se determina *ex post* que la mujer aún vive, como ocurre en el caso expuesto, la conducta del esposo de contraer un segundo matrimonio no podía estar prohibida. Él actuaría dentro de su ámbito de libertad, de allí lo incoherente de la posible prohibición. Ahora bien, en el caso del BGH se aporta un dato adicional digno de consideración: el marido cuenta con la posibilidad de que su primera esposa aún viva. Esta circunstancia constituye lo que se conoce, dentro de la doctrina tradicional de la imputación objetiva, como "conocimiento especial del autor".

El baremo de atribución *ex ante* conduce a distinguir los grados de ese conocimiento objetivo. En el caso mencionado, si al esposo, al margen de la declaración judicial, le consta realmente que la primera esposa aún vivía, o su conocimiento es bastante probable que coincida con la realidad, debe entonces afirmarse el tipo objetivo de bigamia en caso de que contraiga un segundo matrimonio. Por el contrario, si el esposo tiene una simple sospecha, la cual *ex ante* no conduciría a un "observador objetivo" colocado en la posición del autor, a pensar racionalmente que la primera esposa aún vive, debería negarse el tipo objetivo. Nótese como el baremo de la perspectiva *ex ante*, propio de la imputación objetiva, juega un papel determinante en la configuración del tipo objetivo del delito de mera actividad.

Pero al caso señalado aún se le pudiera agregar una variante: supóngase que el autor actúa convencido de que su primera esposa aún vive, o que el primer matrimonio aún es válido, circunstancias que *ex ante* no son determinables racionalmente por un observador objetivo, o son de una posibilidad bastante baja. En caso de que el esposo contraiga el segundo matrimonio, bajo la creencia anterior y con el fin de infringir

el mandato normativo, no podría tampoco imputársele la lesión del bien jurídico ya que en dicho caso la subsistencia del vinculo matrimonial anterior solo ocurre en la mente del autor. Se trataría, por lo tanto, de un caso de tentativa inidónea no punible (que personalmente, siguiendo una antigua terminología, podría llamarse "tentativa inidónea absoluta"). En cambio, si desde el punto de vista *ex ante* era factible la creencia del autor para el observador objetivo, aún cuando después de la celebración del segundo matrimonio se desvirtúe la misma por la efectiva comprobación de la muerte de la primera mujer, habría que afirmar la existencia de una tentativa inidónea punible ("tentativa inidónea relativa"). En este último supuesto concurre la conducta prohibida, determinada desde un punto de vista *ex ante* (verosimilitud de la existencia de la primera esposa, según un observador objetivo situado en la posición del autor con los conocimientos concretos de este), aunque *ex post* se desvirtúe tal circunstancia, por lo tanto no exista la lesión del bien jurídico. Todo ello refleja la importancia adicional del juicio *ex post* también en los tipos de mera actividad, al menos para diferenciar la punibilidad entre un tipo consumado y uno en grado de tentativa, y dentro de este, la existencia de una tentativa inidónea absoluta (no punible) o una relativa (punible)[15].

III.- Tipo subjetivo

También pudiera ser relevante esta distinción de niveles de análisis, para la determinación del objeto del dolo. Si el injusto del tipo, indistintamente que sea de mera actividad o de resultado, se circunscribe a la infracción del mandato, por lo tanto a la conducta, el dolo debe circunscribirse también a la misma. En tipos semejantes, el análisis de la lesión o peligro del bien jurídico se confinaría al ámbito de la punibilidad, por lo tanto no sería objeto del dolo.

---

15 No obstante lo anterior, considero que el grueso de problemas de la tipicidad objetiva en los tipos de mera actividad se circunscriben al análisis de la conducta desaprobada, pero esto ocurre también en el tipo de resultado. Por ello, la mayor parte de criterios para establecer la tipicidad objetiva en los tipos de mera actividad se refieren a la desaprobación o no de la conducta. Sin embargo, una vez determinada la desaprobación o no de la conducta, posteriormente, puede hacerse el análisis sobre si la misma es lesiva, o peligrosa, para el interés protegido por el tipo.

Por el contrario, si se sostiene que el injusto se conforma también con la inclusión de la lesión o el peligro para el bien jurídico, debería entonces el dolo conllevar el querer, o al menos el conocer, dicha lesión o peligro. Así, en relación al tipo de mera actividad, el autor del falso testimonio debería conocer no solo la falsedad de su declaración, sino también que su conducta afectaría, o pudiera afectar, el bien jurídico.

CAPÍTULO V
EL TIPO CULPOSO DE ACCIÓN DE RESULTADO MATERIAL. LA PRETERINTENCIÓN Y DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

Bibliografía concreta citada

Bustos, Juan: *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995; Cerezo Mir, José: <<El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal>> en, del mismo autor, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, págs. 15 y ss; Engisch, Karl: *Untersuchungen über Vorsatz uns Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1930; Hirsch, Hans-Joachim: <<La problemática de los delitos cualificados por el resultado>> -trad. de Leire Escajedo- en, del mismo autor, *Derecho penal. Obras completas*, Rubinzal.Culzoni Editores, Buenos Aires, tomo II, págs. 287 y ss; Jakobs, Günther: <<El delito imprudente>> -trad. de Cancio Meliá- en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Civitas-UAM, Madrid, 1997, págs. 167 y ss; Mir Puig, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982; el mismo: <<Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena>> en, del mismo autor, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 171 y ss; el mismo: <<Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto>>, ibídem, págs. 181 y ss; Roxin, Claus: *Política criminal y estructura del delito* -trad. de Bustos y Hormazábal-, PPU, Barcelona, 1992; Schöne, Wolfgang: *Imprudencia, tipo y ley penal* -trad. de Patricia Ziffer-, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; Silva Sánchez, Jesús-María: *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997; Struensee, Eberhard: <<El tipo subjetivo del delito imprudente>> -trad. de Cuello Contreras, con la colaboración de Serrano González de Murillo-, en *ADPCP*, 1987, págs. 423 y ss; Zielinski, Diethart: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

I.- Introducción

El tipo culposo[1] se caracteriza porque el autor no persigue realizar el resultado causado. Se configura con la infracción de la norma de cuidado y la imputación objetiva del referido resultado[2].

En Venezuela el tipo culposo se castiga de forma excepcional, en el sentido de que solo será punible cuando expresamente lo establezca la ley penal, sistema de *numerus clausus*[3]. En efecto, el art. 61 CP dispone que nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de causar el hecho que lo constituye, *salvo que la propia ley se lo atribuya como consecuencia de su acción u omisión*. La excepción aludida da pie a la admisibilidad de formas de imputación subjetiva distintas a la dolosa[4].

II.- Naturaleza de la culpa

El concepto clásico del delito partía de una concepción psicológica de culpabilidad que fundamentaba la culpa en la previsibilidad, precisamente elemento psicológico de la misma[5]. Sin embargo, este con-

---

1 Sobre la evolución de esta denominación vid. Luzón Peña, *Curso*, págs. 491 y ss.

2 Un sector doctrinal considera que los delitos culposos son tipos abiertos en los cuales la conducta típica debe ser completada por el juez, concretamente la norma de cuidado que debe ser infringida para que exista un tipo culposo, y de la cual dependerá la concreta acción realizada (Zaffaroni, *Manual*, págs. 428 y ss; del mismo, *DP*, págs. 549 y ss; en igual sentido, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 284; Schöne, *Imprudencia, tipo y ley penal*, pág. 32).

3 Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 363. Bustos y Hormazábal, sostienen que la intervención punitiva solo se justifica para las formas más graves de imprudencia (*Lecciones*, pág. 297). Sobre el alcance dogmático del sistema del *numerus clausus,* vid. Silva Sánchez, *El nuevo código penal...*, págs. 86 y s.s.

4 Así, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 332.

5 Se trata de un "concepto psicológico de la culpa", según la cual el vínculo psicológico existente en la culpa se podía materializar de dos formas: según la primera, en el delito culposo existía la voluntad de realizar la acción, pero no el resultado ("voluntad de peligro"); una segunda forma afirma que el vínculo psicológico de la culpa radica en la exigencia de la previsión o conciencia de realizar el resultado, o en su previsibilidad (Luzón Peña, *Curso*, pág. 493). Considera la previsibilidad esencia de la culpa (para ser exactos, la previsión y la previsibilidad), Bettiol, *Instituciones*, pág. 129.

cepto “psicológico” de culpa no permitía explicar la llamada culpa inconsciente, que posibilita el castigo del hecho aún cuando este no haya sido previsto por el autor: la persona conduce su vehículo a exceso de velocidad mientras piensa en la discusión que recién acaba de tener con su jefe, y atropella a un peatón que atravesaba correctamente la calle, al cual no había visto por estar ensimismado en sus iracundos pensamientos. Nótese que en este caso el conductor no toma en cuenta, en absoluto, la posibilidad de atropellar al peatón. Por lo tanto, no existe vínculo psicológico alguno entre el autor y el resultado producido. Y, sin embargo, realiza el tipo penal.

Dicho concepto “psicológico” de la culpa fue desplazado por un concepto normativo gracias, sobre todo, a la formulación de Engisch[6], cuya alusión a la infracción de la norma de cuidado como esencia de la culpa condujo a la doctrina dominante a tratarla normativamente. En consecuencia, es en el tipo donde se determina el carácter culposo de la conducta[7].

Para el finalismo, la estructura de la culpa constituyó un fuerte escollo al concepto de acción final. Welzel, criticando su visión original del delito culposo, adoptó una ampliación del concepto de acción según la cual, junto a la acción final efectiva, se ubica una “acción en sentido amplio” conformada por la “evitabilidad mediante un actuar final”[8]. Igualmente, reafirmó que el elemento esencial del hecho culposo radica en el desvalor de acción[9]. Según Welzel, el tipo culposo se refiere, más que al objetivo, a la clase de ejecución de la acción final vinculada a consecuencias intolerables que el autor confía en que no se producirán o ni siquiera piensa en su producción, ejecuciones de la acción (“procesos de dirección”) que lesionan el cuidado requerido para evitar tales consecuencias[10]. Este cuidado requerido “en el ámbito de re-

---

6 Welzel, *DP*, pág. 154. Vid. Engisch: *Untersuchungen über Vorsatz uns Fahrlässigkeit im Strafrecht*, passim.

7 Así, Roxin, *AT*, vol. I, pág. 1063 -4-; *DP*, pág. 997 y ss -3 y ss-.

8 Welzel, *DP*, pág. 155.

9 Ibídem, pág. 154.

10 Ibídem, págs 155 y ss. En sentido similar, Zaffaroni, *Manual*, pág. 430; sobre la concepción del delito culposo en el finalismo, cfr. Bustos, *Manual*, pág. 356; del mismo, *El delito culposo*, págs. 25 y ss.

lación" se determina conforme a la imagen del hombre "inteligente"[11], y su infracción en el caso concreto se realiza mediante la comparación del acto efectivamente realizado con la referida imagen[12].

Obviamente, cuesta trabajo entender que una acción concebida en los términos señalados tenga carácter "ontológico", ya que al aludirse a los "procesos de dirección que lesionan el cuidado requerido" es evidente que se trata de un concepto de contenido normativo-valorativo[13], muy distante de las estructuras ontológicas a las cuales aludía Welzel como realidades previas que el Derecho debía reconocer[14].

Un sector de la doctrina trata de mantener "la finalidad jurídicamente desaprobada" como pilar fundamental tanto del injusto doloso como del injusto culposo, sin extender dicha finalidad hasta el resultado. Así, se arguye que en el tipo culposo el objeto de referencia de la finalidad "es un hecho-disvalor situado en la esfera previa a la producción del resultado típico (síndrome del riesgo); su elaboración (tarea axiológica de

11 Welzel, *DP*, pág. 159.

12 Ibídem, pág. 161.

13 El propio Welzel sostiene que el concepto de cuidado requerido tiene naturaleza objetivo-normativa (Ibídem, pág. 158).

14 Esta crítica vale también con relación a uno de los representantes del finalismo ortodoxo, quien opina: "En el delito culposo se presupone, sin duda, una acción final. El hombre que conduce un automóvil y causa en forma no dolosa la muerte de otro realiza una acción final: conducir un automóvil. En esta actividad final el fin (ir a un lugar determinado) es jurídicamente irrelevante. No es jurídicamente irrelevante, en cambio, como Welzel ahora dice, el medio utilizado o la forma de su utilización. En el ejemplo citado, el medio (uso del vehículo) es jurídicamente irrelevante, pero la forma de su utilización puede adquirir relevancia jurídica, si el autor, por ejemplo, conduce a una velocidad excesiva. No puede afirmarse más, por tanto, con Rodríguez Muñoz que en el delito culposo la acción final, en sus elementos *ontológicos*, sea jurídicamente irrelevante. El medio utilizado o la forma de sus utilización son jurídicamente relevantes. Por la misma razón no es posible afirmar ya que todo lo que tiene relevancia para el Derecho queda fuera de la acción final" (Cerezo Mir: <<El concepto de acción finalista...>>, págs. 19 y ss). Sin embargo, la relevancia del medio empleado no se determina por su carácter final, sino por su comparación con una conducta ideal, la del "hombre inteligente" (así, Stratenwerth, *DP*, pág. 323 -1093-; Stratenwerth-Kuhlen, *AT*, pág. 371 -12-). Por lo tanto, es cuestionable concluir que la relevancia jurídica del tipo culposo derive del carácter ontológico de alguno de sus presupuestos o elementos.

la formación del tipo), una vez producido el resultado, solo es necesaria como medida del tipo subjetivo (contrariedad a cuidado)"[15].

Roxin ofrece una nueva fundamentación del tipo culposo mediante la crítica a la "infracción al deber de cuidado" de Engisch. En tal sentido, plantea que en el tipo culposo se reprocha la creación de un peligro que se realiza en un resultado típico, no amparado por el riesgo permitido, aunque abarcado por el fin de protección de la norma[16]. De manera que, para Roxin, la infracción al deber de cuidado se confunde con los criterios de imputación, de allí que constatar la realización de un tipo culposo no precisaría de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva[17].

En mi opinión, la infracción del deber de cuidado y algunos criterios de imputación objetiva mantienen una relativa independencia. Así, la infracción del deber de cuidado apunta al llamado desvalor de conducta, en virtud del cual se determinará si la conducta del autor infringe una norma que se deriva de un determinado "ámbito de relación" en el cual se encuentra el autor. Por ejemplo, para poder realizar un homicidio culposo el autor debe formar parte de una determinada relación

---

15 Struensee, <<El tipo subjetivo...>>, págs. 448 y ss. "Decisivo (en el sentido estricto de la palabra) es el tipo subjetivo del delito imprudente como relación entre la finalidad y una parte, normativamente elegida, de un círculo mínimo de condiciones del resultado, también para la atribución objetiva; más precisamente: la atribución de circunstancias objetivas, es decir, del resultado *(Erfolg)* como resultado *(Resultat)* de factores intermedios conscientes. Se trata de la atribución de lo objetivo al tipo subjetivo de congruencia" (Ibídem, pág. 449). En contra expresamente de la anterior opinión, Luzón Peña, *Curso*, pág. 498.

16 Roxin, *AT*, vol I, pág. 1066 -12-; *DP*, pág. 1000 -12-; del mismo autor, *Política criminal y estructura del delito*, págs. 91 y ss.

17 *Roxin*, *AT*, vol. I, págs. 1066 y ss -12 y ss-; *DP*, págs. 1000 y ss -12 y ss-. En sentido similar, sostiene Jakobs que si bien no existe un deber especial de cuidado, no toda previsibilidad de una consecuencia constituye una forma de imprudencia jurídico-penalmente relevante, sino que deben tenerse en cuenta las limitaciones del tipo objetivo derivadas de la imputación objetiva, por lo tanto "penalmente relevante es sólo la *previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable*" (*DP*, págs. 384 y ss -7-; *AT*, pág. 319 -7-). Sin embargo, añade, el riesgo permitido no limita el concepto de imprudencia, sino solo su relevancia jurídica (*DP*, pág. 385 -7-; *AT*, pág. 319 -7-).

del riesgo, como sería manejar un vehículo, intervenir quirúrgicamente a una persona, manipular un arma de fuego, etc. En cambio, el deber de "no matar" en el tipo doloso rige en general, independientemente de la específica relación en la cual se encuentre el autor. Es decir, en el tipo culposo se exige la infracción de un deber objetivo calificado que obliga al autor a obrar prudentemente, no un simple deber genérico[18]. En este sentido, algunos criterios tradicionales de imputación objetiva se confundirían con la infracción del deber de cuidado (vgr. la ausencia de un riesgo jurídicamente relevante). Por su parte, habrá criterios de imputación que se aplican independientemente de que el autor infrinja el deber de cuidado, caso del sujeto que conduce a exceso de velocidad y atropella a un suicida que se lanza al vehículo. En este caso se infringe un deber de cuidado, pero no se imputa el resultado de muerte.

III.- Estructura del tipo culposo

1. Tipo Objetivo

Dentro del tipo objetivo podemos distinguir nítidamente el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Así, en cuanto al desvalor de acción, el autor debe infringir la especial norma de cuidado derivada del ámbito de relación. En tanto que, en el ámbito del desvalor de resultado, se exige que se realice un resultado material (modificación del mundo exterior separado de la propia conducta), y que el mismo se impute objetivamente a la conducta infractora del deber. Por lo tanto, se pueden señalar los siguientes elementos constitutivos del tipo objetivo del delito culposo, los cuales deben ser analizados en este orden lógico: a) conducta infractora del *especial* deber de cuidado; b) relación de causalidad entre la conducta y el resultado material; y, c) imputación objetiva del resultado a la conducta infractora del deber objetivo de cuidado.

a.- La infracción objetiva de un especial deber de cuidado deriva de la concreta relación de riesgo en que se encuentra el autor, primer requisito del injusto típico en los delitos culposos. La ley penal venezo-

18 En contra de esta posición, Bustos, *El delito culposo*, pág. 26, nota 15. Pero, agrega este autor que el tipo culposo plantea una exigencia mayor, ya que la persona no solo no debe matar, además debe *tener cuidado de no matar* (*Manual*, pág. 362).

lana, al tipificar el delito culposo, alude a la negligencia, imprudencia e impericia[19]. Estas serían modalidades de infracción del deber de cuidado. Así, existen actividades peligrosas que no se pueden realizar sin un conocimiento técnico previo, sin un conocimiento mínimo de la actividad. La infracción a este deber se denomina *impericia*[20]. Por otra parte, hay actividades riesgosas que requieren que el autor antes de su ejecución, además de poseer los conocimientos para realizarla, verifique si están dadas las condiciones previas para controlar el riesgo de la misma, de manera que el autor debe recabar la información necesaria para su ejecución[21]. La infracción a este deber se denomina *negligencia*. Por último, existen actividades tan arriesgadas que exigen siempre una forma de actuación prudente[22]. La infracción a este deber se denomina *imprudencia*.

El CP además de aludir a la imprudencia, a la negligencia o a la impericia, se refiere también a la inobservancia de los "reglamentos, órdenes o instrucciones"[23]. Ello no implica que la sola infracción a los reglamentos acarree la presencia de la culpa[24], sino que el reglamento o la

19 Así, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 373.

20 Mir Puig, *DP*, pág. 298 -30-.

21 Ibídem, -32-.

22 Ibídem, pág. 298 y ss -33-.

23 Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 378.

24 En este sentido, Roxin, (*Política criminal y estructura del delito*, págs. 94 y s.s.), aunque dicho autor sostiene que, en general, la infracción a la norma que persigue impedir la producción del resultado basta para la producción del peligro (Ibídem, pág. 96). En cuanto a la infracción de reglamentos, sostienen Bustos-Hormazábal que su sola infracción no implica la realización del tipo culposo, ya que debe averiguarse si realmente la persona no aplicó el cuidado exigido: "La reglamentación sólo contiene un llamado de atención sobre una medida de precaución de carácter general, pero que puede ser sustituida por otra precaución de eficacia equivalente" (*Lecciones*, pág. 306. También, Bustos, *Manual*, págs. 366; del mismo, *El delito culposo*, pág. 54). Opina Zaffaroni: "Frecuentemente los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas, tales como conducir vehículos motorizados. En esos casos, la violación de los preceptos reglamentarios será un indicio de violación al deber de cuidado, pero será preciso tener siempre presente que una infracción administrativa no es un delito, dado que no siempre la infracción del reglamento es una violación al deber de cuidado" (*Manual*, pág. 431). "La pluralidad de las posibles fuentes conlleva que el

orden podrán ser las fuentes de las cuales se derive el especial deber de cuidado. Ello plantea la cuestión de la *caducidad fáctica del reglamento* del cual deriva el referido deber. Piénsese en el caso de un reglamento de tránsito, aprobado hace mucho tiempo, pero aún vigente, que establezca un límite de velocidad de conducción de 80 kilómetros por hora en una gran autopista, norma cuyo cumplimiento ni las propias autoridades exigen. Incluso, podría darse el caso de que en dichas autopistas, de hecho, los vehículos circulen a una velocidad promedio de entre 100 y 120 kilómetros por hora. Entonces, al verificarse el desfase entre el reglamento vigente y la propia actividad de conducción, surge la duda sobre cuál de los dos baremos debería ser el determinante de la posible atribución del resultado al autor. La solución a este problema es una demostración de la distinción entre la infracción al deber de cuidado y la imputación objetiva del resultado. En efecto, el análisis del criterio de imputación objetiva "ausencia de un riesgo típicamente relevante", y concretamente de la llamada tolerancia social del riesgo, lleva a concluir que la relevancia de la infracción del deber jurídico formal podría quedar descartada por el hecho de que la propia sociedad tolera esas leves infracciones, o mejor dicho, que la actividad social ha dejado en desuso el reglamento, al punto que las propias autoridades no hacen cumplir la norma. Al conductor que conduce por la autopista a 90 kilómetros por hora, y colisiona con otro vehículo causándole heridas a su conductor, no necesariamente se le imputarán esas lesiones, aunque formalmente infrinja el reglamento de tránsito: habría que determinar en este supuesto la velocidad prudente de conducción *según la propia actividad y los usos de la vía pública*.

El deber de cuidado opera como un estándar. Su análisis no se refiere a la actitud subjetiva, personal, del autor en relación a dicho deber, sino al juicio según un hombre medio[25]. Se tendrá en cuenta lo que un

---

incumplimiento de la normativa administrativa tenga solamente carácter indiciario pero no implique automáticamente la intervención penal. Para ello es preciso, además de la infracción del deber objetivo de cuidado -cualquiera que sea la fuente de la que derive- que se haya creado un riesgo típico atendiendo a las circunstancias concretas del caso. En este sentido, es preciso distinguir entre "regla técnica" y "deber objetivo de cuidado" " (Cuesta Aguado, *Tipicidad e imputación*, pág. 179).

25 En este sentido, Luzón, *Curso*, págs. 500 y ss.

hombre medio debió haber hecho, según su ámbito de relación. Por otra parte, dentro del juicio relativo a la infracción al deber de cuidado se incluyen los conocimientos especiales del autor[26], aunque se discute la inclusión de los conocimientos especiales superiores[27].

b.- El segundo elemento del tipo objetivo sería la relación de causalidad entre la conducta infractora del deber de cuidado y el resultado material producido[28]. Para determinar esa relación, remito a lo dicho anteriormente sobre la causalidad en el tipo doloso de resultado material.

c.- El tercer elemento correspondería a la imputación objetiva del resultado propiamente dicha, y consiste en aplicar los diversos criterios que se relacionan directamente con la atribución del resultado a la conducta infractora del deber. Se trata de la aplicación de los criterios de aumento de riesgo permitido, prohibición de regreso y conducta de la propia víctima, los cuales podrían impedir la atribución del resultado a la conducta del autor aunque este haya infringido el respectivo deber de cuidado. Por ejemplo, como cité antes, A conduce su vehículo a velocidad excesiva por una carretera. En una curva espera una persona, que quiere suicidarse, para abalanzarse contra el vehículo de A, lo cual hace. En este caso, A infringe un deber de cuidado (conducir a exceso de velocidad), y causa el resultado (la muerte del suicida), pero este no se le imputa por existir la conducta de la propia víctima que rompe la relación de imputación.

Igual sucede con la llamada prohibición de regreso: A hiere accidentalmente, aunque muy gravemente, a B quien es operado de urgencia en el hospital. El médico tratante deja material quirúrgico dentro del cuerpo de B, quien muere por la infección. En este caso, A solo responderá por lesiones culposas (aunque la herida ocasionada haya sido

26 Así, ibídem, pág. 502; Bustos-Hormazabál, *Lecciones*, pág. 173; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito…*, págs. 78 y ss; igualmente, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, 2007, págs. 286 y ss.

27 Sostiene la no exigencia, para el juicio, de las *capacidades* especiales y superiores del autor (pericia, habilidad, etc.), Luzón, *Curso*, pág. 502 (este autor distingue entre *conocimiento* especial y *capacidad* especial). En contra, Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito*..., págs. 78 y ss; similar, Bustos-Hormazábal, *Lecciones*, pág. 304.

28 Así, STSJ 721 del 19 de diciembre de 2005 (Sala de Casación Penal).

mortal) y no por la muerte de B, imputada objetivamente al médico negligente.

En el caso de los tipos culposos de resultado material, la doctrina discute si el resultado es elemento integrante del tipo culposo o un elemento accesorio de la infracción. Para el finalismo ortodoxo, el resultado es totalmente accesorio en el tipo culposo: "La importancia del resultado en el tipo (culposo) reside en que realiza una selección en el círculo de las acciones contrarias al cuidado: ciertamente toda acción contraria al cuidado es antinormativa, indiferentemente de si se concreta o no en un resultado; pero solo una vez que se concreta en un resultado, que logra –en todo caso según el derecho positivo- relevancia jurídico-penal, se convierte en el fundamento material del injusto típico penal…Con esto se muestra cuán poco el resultado es parte esencial jurídico-penal del hecho culposo"[29]. Con base en lo anterior, el injusto del tipo culposo se realiza exclusivamente con la conducta infractora del deber de cuidado[30], ya que el fin perseguido por el autor del tipo culposo, no coincide con el resultado causado[31]. Ante esto, otro sector de la doctrina penal sostiene que el resultado es parte integrante del tipo culposo[32].

29 Welzel, *DP*, pág. 163. Afirma Zielinski que el resultado no tiene importancia alguna para el delito culposo ni para el delito doloso: la distinción de lesión del objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjektsverletzung*) y peligro del objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjektsgefährdung*) es, para el injusto del delito culposo, de poca importancia, así como la distinción entre tentativa y consumación para el delito doloso (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, pág. 191).

30 En contra, Zaffaroni, *Manual*, pág. 430; Rodríguez Mourullo, *DP*, pág. 342.

31 En este sentido afirma Cerezo Mir: "No cabe incluir en el ámbito de la acción *final*, en el plano ontológico, una consecuencia producida en forma puramente causal. Puesto que esta consecuencia no es querida y en muchos casos no es siquiera prevista (culpa inconsciente)" (<<El concepto de acción finalista...>>, pág. 20).

32 Así, Bustos, *Manual*, págs. 370 y ss; Muñoz Conde-García Arán, *DP*, págs. 288 y ss. Pareciera sostener que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado pertenecen al tipo, Roxin, *AT*, pág. 1064 -7-; *DP*, pág. 998 -7-. Apoya la necesidad del resultado en los tipos culposos, pero por exigencias político-criminales, Quintero Olivares, para quien no es imposible desde el punto de vista técnico, concebir un tipo imprudente cuyo único resultado sea la creación de una situación de peligro (*PG*, págs. 381 y ss).

Considero que cuando el legislador exige un resultado material para la consumación del tipo culposo, el mismo constituye un elemento de ese tipo penal. En efecto, excluirlo del injusto cuando la ley lo exige acarrearía que el autor respondiese por su causación: la atribución del resultado en este caso se fundamentaría únicamente en la causalidad, cuestión inadmisible en un Derecho penal moderno. La imputación objetiva del resultado en el tipo culposo fundamenta su atribución, como explicaré más adelante, precisamente porque el resultado forma parte del injusto penal en estos delitos.

2. Tipo subjetivo

De cierta forma, el aspecto subjetivo del tipo culposo depende de cómo se entienda el contenido del dolo. En efecto, si el dolo implica los elementos de conocimiento y voluntad que, como señalé, así debería ser de atenernos a lo dispuesto en el artículo 61 CP, entonces el tipo culposo exigiría para su configuración que el autor *quiera* realizar la conducta infractora del deber de cuidado, pero no *quiera*, o acepte, el resultado material. El tipo subjetivo de esta forma típica se definiría, desde mi punto de vista, de forma negativa: es fundamental en el tipo culposo, según nuestra legislación, que el autor no acepte ni quiera producir el resultado causado. La sola aceptación del mismo nos colocaría en el ámbito del dolo eventual[33].

Lo anterior plantea el problema relativo al conocimiento presente en el tipo culposo: ¿Es siempre necesario algún conocimiento del autor para la imputación subjetiva en el tipo culposo? Al respecto, la doctrina mayoritaria distingue entre la culpa consciente y la culpa inconsciente. *Culpa consciente:* en esta especie de culpa el autor no quiere causar la lesión, sin embargo advierte la peligrosidad, el riesgo, que implica su conducta e infringe la norma de cuidado, pero actúa con la convicción de que no va a producir el resultado lesivo[34]. *Culpa inconsciente:* en este caso el autor no advierte el riesgo (peligro) de su conducta, ni siquiera admite la posibilidad de que se realice el resultado, no obstante este se

33 Sobre la diferencia de gravedad entre el injusto doloso y el culposo, vid., Mir Puig: <<Sobre el principio de culpabilidad>>, pág. 177.

34 Definición similar, Bustos-Hormazábal, *Lecciones*, pág. 301; Cobo-Vives, *DP*, pág. 635.

le imputa objetivamente por la infracción de la norma de cuidado que debió acatar y por la relevancia del propio resultado. En esta forma culposa no existe vínculo subjetivo alguno entre el autor y el resultado producido[35]. En efecto, hablar de "previsibilidad del hecho", o "posibilidad de conocer" el peligro que representa la conducta[36], aunque no haya sido previsto, es aludir a una simple potencialidad, lo cual supone que la percepción o la previsión no existió en el caso concreto. Por otra parte, la previsibilidad es un elemento propio de la imputación objetiva, tanto en el tipo doloso como en el culposo, y la posibilidad de prever no constituye un elemento subjetivo real, únicamente una capacidad posible[37]. Resumiendo, en la llamada culpa inconsciente el aspecto subjetivo se conforma exclusivamente con haber querido la conducta realizada[38]. En relación al resultado, en el tipo culposo inconsciente no existe un vínculo subjetivo entre el resultado y el autor de la conduc-

---

35 Lo determinante consiste en la posibilidad de percepción, lo que el sujeto debió prever, su capacidad individual, etc. (así, Stratenwerth, *DP*, Pág. 326 -1102-). Apunta el carácter dudoso del elemento subjetivo en la culpa inconsciente, Luzón Peña, *Curso*, págs. 496 y ss. "La posibilidad de incriminación, en las hipótesis de culpa inconsciente, ha sido puesta en tela de juicio, dado que en ellas no existe ninguna especie de conexión psíquica entre el autor y el resultado. No obstante, esta ausencia de conexión psíquica no impide contemplar el resultado como obra del autor si se establece que pudo y debió preverlo y evitarlo" (Cobo-Vives, *DP*, pág. 635).

36 En este sentido, Bacigalupo, *Principios*, pág. 247.

37 No obstante, califica la potencialidad de la previsibilidad objetiva como un elemento subjetivo del tipo culposo, Luzón Peña, *Curso*, pág. 498. Para Roxin basta la simple cognoscibilidad o advertibilidad de las circunstancias fundamentadoras del peligro (*AT*, vol. I, pág. 1088 -69-; *DP*, pág. 1020 -62-).

38 En tal sentido, expresa Mir Puig que la infracción de la norma de cuidado exige "el conocimiento de la situación cuya concurrencia obliga al cuidado de que se trate", como por ejemplo que el conductor conozca las condiciones del vehículo que le obligarían a reducir la velocidad, aunque desconozca el peligro de actuar en tales condiciones (<<Sobre lo objetivo y lo subjetivo...>>, pág. 187). Afirma Struensee que el tipo subjetivo del delito imprudente supone el conocimiento por parte del agente de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado, de las cuales surge un peligro intolerable según la valoración del orden jurídico -"riesgo permitido"- (<<El tipo subjetivo...>>, pág. 433). En parecido sentido, sostiene Bustos que el aspecto subjetivo del tipo culposo requiere el conocimiento de la acción desarrollada y de los riesgos que ella implica (*El delito culposo*, pág. 41 y ss).

ta. Obviamente, la conclusión sostenida presupone que todo elemento subjetivo es actual, y además psicológico.

Si existe la posibilidad de que la culpa sea castigada aun cuando no exista vínculo subjetivo alguno entre el autor y el hecho (culpa inconsciente), entonces podría generalizarse la conclusión según la cual en el tipo culposo no se requiere el referido elemento subjetivo con relación al resultado[39]. De ser esto así, ¿cuál es el sentido de distinguir entre la culpa consciente e inconsciente? En efecto, en todo tipo culposo basta querer la conducta, y no el resultado, para que se realice el tipo subjetivo. Lo único exigible subjetivamente en el tipo culposo tendría una connotación negativa: el autor no debe haber aceptado ni querido la producción del resultado.

Al respecto, considero que la llamada culpa consciente tiene sentido exclusivamente para distinguirla del dolo (eventual), o para graduar la pena cuando el legislador lo requiera en el propio tipo culposo[40]. En todo caso, resulta interesante precisar si la distinción entre culpa consciente e inconsciente implica una diferencia que se traduzca en la gravedad del injusto. A simple vista pareciera que la culpa consciente es más grave que la culpa inconsciente, ya que la advertencia del peligro en la primera de ellas, no es óbice para que el autor continúe la realización de su conducta peligrosa[41]. Ahora bien, ¿establece el CP una diferencia de pena entre la culpa consciente y la culpa inconsciente? El segundo párrafo del artículo 409, sobre el homicidio culposo, señala expresamente que en lo relativo a la pena de estos delitos se apreciará "el grado de culpabilidad del agente". Aunque es obvio que el aspecto subjetivo del tipo culposo no constituye un problema de la culpabilidad, salvo que se entienda esta en un sentido amplio, el juez podría disminuir la pena en el caso de la culpa inconsciente[42].

39 Según Luzón, lo que podría generalizarse, cuando la ley no distingue entre la culpa consciente e inconsciente, sería la ausencia de dolo y la referida previsibilidad objetiva (*Curso*, pág. 498).

40 En este sentido, Wessels-Beulke, *AT*, pág. 262 -661-.

41 Así, Luzón Peña, *Curso*, pág. 515.

42 No obstante, agrega el propio Luzón, la gravedad de la imprudencia depende de la gravedad de la infracción de la norma o deber de cuidado, "fundamentalmente atendiendo al grado de peligro en relación con la entidad de los bienes jurídicos y al grado de control o descontrol del peligro" (Ídem). Esta

Debe mencionarse la existencia de un sector doctrinal, aún minoritario pero que tiende a aumentar, el cual defiende que la única culpa punible sería la "culpa inconsciente", es decir, aquella en la cual el autor no se representa previamente ninguna circunstancia de la situación lesiva. Esta posición parte de que el dolo se configura únicamente con el conocimiento del riesgo por parte del autor, de allí que la llamada "culpa consciente" sería una forma de dolo constituida precisamente por la representación del riesgo de lesión y, agrego yo, la decisión de seguir actuando aun habiéndose previsto el riesgo. Así, según Jakobs, al abarcar el dolo eventual todo el ámbito en que el autor juzga la realización del tipo como no improbable, en consecuencia no se podría crear una imprudencia consciente que contenga un aspecto intelectual idéntico al del dolo: solo puede tratarse de supuestos de un imaginarse sin ulterior reflexión (el autor puede vacilar entre aceptar o descartar un peligro imaginado)[43]. En conclusión, para este autor toda forma culposa (imprudencia), consciente o inconsciente, se caracteriza negativamente como una ausencia de conocimiento de la realización del tipo, de allí que la distinción entre culpa consciente e inconsciente carezca de sentido[44]. A su vez, Jakobs fundamenta el juicio de imputación en la

---

afirmación sería relevante en relación con el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que castiga con prisión de cuatro a doce meses a quien con "*culpa grave* cause daños a equipos terminales destinados al acceso del público, instalaciones o sistema de telecomunicaciones, de manera que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio" (num.1), así como a quien "con *culpa grave* produzca interferencias perjudiciales que interrumpan parcialmente o impidan la prestación del servicio" (num.2). En este caso, la culpa grave se vincula a la infracción del deber de cuidado. Por su parte, la STSJ 276, del 14 de julio de 2010 (Sala de Casación Penal) afirma que la mención del segundo párrafo del artículo 409 implica que el juez debe graduar la culpa, calificarla como grave, leve o levísima. Antes, de igual forma, STSJ 377 del 30 de marzo de 2000 (Sala de Casación Penal).

43 *DP*, pág. 382 -3-; *AT*, pág. 317 -3-.

44 Ídem. Siguiendo a Jakobs, Bacigalupo (*Principios*, págs. 245 y ss, especialmente págs. 246 y 247). En otro trabajo afirma Jakobs que en la imprudencia consciente, la conciencia es un asunto problemático ya que se trata de una representación que no va acompañada de referencia a la realidad adquirida por propia experiencia, carente de vinculación con el comportamiento del autor. Por lo tanto, según Jakobs, este componente "intelectual" es distinto que el aspecto cognitivo en el dolo, el conocimiento potencial del hecho. La ausencia

evitabilidad[45]: La imprudencia es la "forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse"[46]. Partiendo de lo anterior, concluye Jakobs que el tipo culposo constituye una forma de error[47].

---

de conocimiento, añade, acerca del potencial del hecho es una característica de toda culpa (imprudencia), sea consciente o inconsciente : "con ello el camino hacia la imprudencia desde el dolo pasando por la imprudencia consciente es intransitable" (<<El delito imprudente>>, págs. 170 y ss).

45 *DP*, pág. 381 -2-; *AT*, pág. 316 -2-. En el delito culposo el autor "está obligado a evitar comportamientos que de modo cognoscible producirán un daño", incluyendo dentro de este deber la posibilidad de conocer la prohibición del hecho (<<El delito imprudente>>, pág. 172).

46 *DP*, pág. 382 -4-; *AT*, pág. 317 -4-. Igual, Bacigalupo, *Principios*, pág. 247.

47 *DP*, pág. 380 -1-; *AT*, pág. 315 -1-. En tal sentido, afirma: "La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos...En contraposición al error en la tentativa, en que el autor se imagina una realización del tipo que no se produce, el autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. Este error puede presentarse de dos formas: El autor puede que ni siquiera piense que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es" (*DP*, págs. 380 y ss -1-; *AT*, págs. 315 y ss -1-). Esta posición la sigue Bacigalupo para quien, a diferencia del tipo doloso en el cual debe existir una correspondencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, en el delito imprudente "el autor ignora negligentemente que realiza el tipo" (*Principios*, pág. 242). Pareciera adherirse a la tendencia dogmática que considera la imprudencia como un supuesto de error de tipo (Ibídem, pág. 243). Para este autor, aceptando la doctrina moderna de la imprudencia, "el concepto general de infracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación" (Ibídem, pág. 246), y agrega: "...se debe apreciar la imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un *error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo*" (Ibídem, pág. 247). En el mismo sentido de Jakobs, rechaza Bacigalupo la existencia de la llamada culpa consciente: "...cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual. Dicho de otra manera, si el autor conoció el peligro no permitido generado por su acción se dará *dolo eventual*; si por el contrario, no conoció el peligro no permitido proveniente de su conducta *habrá imprudencia* cuando hubiera podido conocer el peligro" (Ibídem, pág. 247).

A la precedente afirmación de Jakobs se le puede objetar que únicamente la culpa consciente puede calificarse de error (precisamente la que Jakobs considera una forma de dolo), ya que la persona se equivoca sobre la producción del resultado. En efecto, el "error" implica "equivocación", "falsa percepción", y en la culpa inconsciente no existe equivocación precisamente por faltar totalmente la percepción. El error presupone un conocimiento de la situación, aunque equivocado.

IV.- La Preterintención

Además de la culpa se estudia como modalidad subjetiva distinta del dolo, los llamados delitos preterintencionales. Esta forma típica se caracteriza porque el resultado material causado en modo alguno ha sido abarcado por el dolo del autor, aunque este perseguía producir un daño menor al efectivamente ocurrido. De acuerdo a la doctrina, la preterintención se contempla en Venezuela en relación con algunos tipos penales concretos (art. 410 CP -homicidio preterintencional- y art. 419 CP -lesiones preterintencionales-), y como atenuante genérica en el artículo 74 -num. 2- CP. Es necesario, en este tipo, que el autor no haya querido el resultado mayor, y que tampoco lo haya aceptado como posible sin importarle su causación (dolo eventual).

Ahora bien, ¿en razón de qué se le atribuye el resultado mayor al autor? Según una primera teoría, la preterintención constituye una mixtura de dolo y culpa: el autor obraría con dolo respecto al resultado menor (vgr. lesionar), y con culpa respecto al resultado mayor efectivamente producido (vgr. la muerte)[48]. Esta teoría, como correctamente señala Arteaga[49], no es aplicable en nuestra legislación ya que esta cuando se refiere a la forma culposa, expresamente hace mención a las modalidades de "imprudencia, negligencia, impericia", etc. De tal manera que si la intención del legislador hubiese sido adoptar la tesis de la mixtura de dolo y culpa, la redacción del artículo del homicidio preterintencional hubiese sido otra, por ejemplo: "quien con intención de producir una lesión, ocasionare la muerte por imprudencia, negligencia, impericia…". La tesis de la mixtura también podría ser defendida si el propio Código penal aludiera a la exclusiva responsabilidad por dolo o culpa,

48 Por todos, Bettiol, *Instituciones*, pág. 131.

49 *DP*, pág. 390, siguiendo a Antolisei.

cuestión que precisamente no hace el artículo 61, el cual contempla la posibilidad de que el autor responda cuando la propia ley se lo atribuya como consecuencia de su acción u omisión.

Una segunda posición sostiene que el resultado mayor se atribuye a su autor a título de responsabilidad objetiva, y se basa en el antiguo principio del Derecho canónico *versari in re illicita*. Esta tesis parte del supuesto de quien quiere la causa ilícita debe responder por todas sus consecuencias, independientemente de que estas hayan sido queridas o previstas[50]. Se trata de un auténtico supuesto de responsabilidad objetiva, en el sentido de que la responsabilidad del autor por el daño más grave ocurrido se fundamenta únicamente en la causación[51].

Considero que en el llamado tipo preterintencional no existe vínculo subjetivo alguno entre el resultado mayor y la conducta querida por el autor, el componente subjetivo se agota en el resultado menor. Ahora bien, en modo alguno ello quiere decir que el autor deba responder por el resultado mayor únicamente por haberlo causado. Este resultado mayor debe ser *imputado objetivamente* a la conducta realizada, según los criterios señalados. Concretamente, la conducta querida por el autor dirigida a la realización del resultado menor ilícito, debe ser apta desde un punto de vista *ex ante* para producir el resultado ilícito mayor no querido. Es decir, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la producción de dicho resultado mayor, aunque efectivamente el autor no lo haya hecho. Así, la lesión querida por el autor debe tener la capacidad, la aptitud, *ex ante*, para producir la muerte no representada por el autor. Por lo tanto, se imputa el resultado mayor en razón de la creación de un riesgo típicamente relevante. Si el resultado mayor no hubiese podido ser previsible por una persona media, desde un punto de vista *ex ante*, el mismo no puede ser imputado. Pero si esto es así, ¿podría concluirse que en la preterintención existe una mixtura entre el dolo que abarca el resultado menor y una especie de "culpa inconsciente" sobre el resultado mayor? Estrictamente hablando no podemos hablar de un supuesto culposo ya que no se parte de la infracción al deber de cuidado. Como afirmé antes, el tipo culposo parte

50 Vid. Mir Puig, *DP*, págs. 126 -69- y 309 -72-.

51 Sostiene que la preterintención constituye un caso de responsabilidad objetiva, Arteaga, *DP*, págs. 393 y ss.

de un ámbito de riesgo permitido, excedido por el autor. En tal sentido, sería absurdo sostener que existe un deber de comportarse "prudentemente" cuando intencionalmente se quiere lesionar a una persona, sin querer causarle la muerte.

El CP contempla el llamado "homicidio preterintencional concausal", según el cual se rebaja la pena de los supuestos de homicidio preterintencional cuando "la muerte no habría sobrevenido sin el concurso de circunstancias preexistentes desconocidas del culpable, o de causas imprevistas o independientes de su hecho" (art. 410 CP, segundo párrafo). Como afirme en el supuesto del llamado "homicidio concausal", dicha "concausa" no conocida, e incluso imprevista o independiente, *debe ser previsible*, es decir, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con su concurrencia (juicio *ex ante*).

V.- Delitos calificados por el resultado

De estructura similar a la preterintención, existen los llamados delitos calificados por el resultado. Se trata de *tipos calificados* en los cuales el legislador aumenta la pena del delito básico realizado, por concurrir un resultado más grave que el perseguido por el autor. Se cita como ejemplos de estos delitos, el aborto con muerte consiguiente de la mujer (art. 431 CP, segundo párrafo), o el abandono de persona con muerte o lesión consiguientes del abandonado (art. 435 CP, segundo párrafo). En estos casos, afirma la doctrina tradicional, estamos en presencia de una responsabilidad puramente objetiva ya que no se requiere que el autor tenga la intención de realizar el resultado lesivo más grave[52]. Desde mi punto de vista, este tipo resulta exactamente igual, en su estructura dogmática, a los llamados delitos preterintencionales[53]. En efecto, la intención del autor no abarca el resultado más grave que solo se produce de forma causal, y al igual que en el tipo preterintencional, la atribución de la consecuencia mayor en el delito calificado por el resultado se realiza a través de los criterios de imputación objetiva, concretamente aludiendo a la previsibilidad conforme al juicio del hombre

52 En Alemania se exige la imprudencia en relación al resultado más grave (al respecto, Hirsch: <<La problemática de los delitos cualificados por el resultado>>, págs. 288 y ss).

53 Aunque Arteaga, siguiendo a Antolisei, enumera una serie de diferencias entre ambas categorías (*DP*, págs. 397 y ss).

medio del resultado más grave (juicio de adecuación). El resultado mayor (vgr. la muerte de la mujer a quien se le practica el aborto), debe ser previsible *ex ante*, en el sentido de que una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la producción de ese resultado, aunque efectivamente el autor no lo haya considerado en absoluto. Por lo tanto, la conducta dirigida al hecho menor (vgr. el aborto) debe ser apta, desde un punto de vista *ex ante*, para producir la muerte. Solo así podrá imputarse la lesión mayor[54].

54 Al respecto, opina Mezger que en ellos no es suficiente fundamento de la responsabilidad, en orden a dicho resultado, una conexión causal "adecuada" de la especie corriente, sino que más bien es preciso una conexión causal "de la que pueda decirse que posee una propia tendencia a favorecer la producción de resultados de aquella índole más grave", por ello, agrega, la responsabilidad penal aparece en estos casos mucho más restringida que en las hipótesis normales (*Tratado*, págs. 240 y ss).

CAPÍTULO VI
EL TIPO DE OMISIÓN

Bibliografía concreta citada

Bacigalupo, Enrique: *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983; Gimbernat, Enrique: <<Causalidad, omisión e imprudencia>>, en Maier-Binder (comps.), *El Derecho penal hoy. Libro homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 187 y ss; Huerta Tocildo, Susana: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; Irazu, José Luis: <<Las sanciones penales en la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente>>, en Morais -coord.-, *Introducción a la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*, UCAB, Caracas, 2000, págs. 233 y ss; Jakobs, Günther: <<La omisión: estado de la cuestión>> -trad. Sánchez-Vera-, en Silva Sánchez (edit.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 129 y ss; Kaufmann, Armin: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1988 (reimpresión); Luzón Peña, Diego: <<Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia (Comentario a la Sentencia TS 3-3-1980)>>, en, del mismo autor, *Derecho penal de la circulación*, PPU, Barcelona, 1990, págs. 179 y ss; Perdomo Torres, Jorge: *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Roxin, Claus: <<En el límite entre comisión y omisión>>, en, del mismo autor, *Problemas básicos del Derecho penal* -trad. de Luzón Peña-, Edit. Reus, Madrid, 1991, págs. 226 y ss; Schünemann, Bernd: <<Cuestiones básicas de dogmática jurídica-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa>> -trad. de Brückner y Lascurain-, en *ADPCP*, 1988, págs. 529 y ss; Silva Sánchez, Jesús-María: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986; *del mismo*: <<Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario>>, en *CPC*, n° 38, 1989, págs. 367 y ss.

I.- Concepto

El tipo de omisión se caracteriza por la infracción de una norma preceptiva, de un deber de actuar de una determinada manera, sin que el autor realice la conducta debida (Vgr. art. 438 CP, que impone la obligación a quien se encuentre una persona en situación de peligro, de dar aviso inmediato a la autoridad o a sus agentes, siempre que pueda hacerlo).

Por otra parte, carece de sentido referirse a la omisión previamente al tipo penal[1], ya que se trata de una estructura esencialmente normativa[2]. No obstante, un sector de la doctrina sostiene que en el delito de omisión también debe analizarse la existencia de una conducta voluntaria, concretamente la que realiza el autor en sustitución de la conducta impuesta por la norma[3]. Por ejemplo, la persona llamada a declarar como testigo por el tribunal, que opta por quedarse en su casa viendo un programa televisivo (tipo de omisión de servicios legalmente debidos, art. 238 CP). En este caso, la conducta de ver televisión debe ser voluntaria, como condición previa para entrar a analizar si existe el tipo referido.

En cuanto al Derecho positivo venezolano, el artículo 1 CP hace referencia al género "hecho" que abarca tanto la acción como la omisión. Además, el artículo 61 CP alude a la omisión, de lo cual se desprende la voluntad del legislador penal de contemplar la omisión como una de las modalidades de realización del hecho punible.

II.- Manera de distinguir la acción de la omisión

Cuestión importante es determinar en qué casos nos encontramos ante un tipo de acción o de omisión. En efecto, hay delitos en los cuales pareciera darse, además de una acción, una conducta omisiva que podría favorecer la confusión. Así, el médico que deja material quirúrgico dentro del cuerpo del paciente, produciéndose en consecuencia una infección mortal, ejecuta una acción (dejar el material) y, a su vez, una omisión (no retirarlo). El asunto adquiere mayor relevancia cuando

---

1 En este sentido, Mezger, *DP*, pág. 283.

2 Bustos, *Manual*, págs. 378 y ss; Bustos-Hormazábal, *Lecciones*, pág. 327

3 Por todos, Mir Puig, *DP*, pág. 315 -2-.

se observa que el tipo de omisión, concretamente la llamada omisión impropia, exige más requisitos para su configuración que el tipo de acción.

Para distinguir estos casos dudosos, la doctrina dominante recurre al criterio de la causalidad: hay delito de acción siempre que el sujeto haya colocado una condición (causa) del resultado material producido (criterio de la causalidad)[4].

En principio, me parece correcto el criterio de la causalidad para determinar si existe una acción o una omisión. No obstante, en el caso de la omisión impropia por actuar precedente, la aplicabilidad del referido criterio se dificultaría ya que el sujeto que omite, de alguna manera, coloca una condición necesaria para la producción del resultado más grave. Más adelante volveré sobre ello.

III.- Clases de omisión

Dentro del delito de omisión se distinguen los tipos de omisión propia (omisión pura) y los de omisión impropia (comisión por omi-

4 Aceptan la tesis de la causalidad, Welzel, *DP*, pág. 241; Jescheck-Weigend, *AT*, 1996, pág. 603; Silva Sánchez, *El Delito de Omisión*, págs. 193 y ss; en sentido similar Jakobs, aunque agrega el criterio de la motivación para determinar el comienzo de la causalidad (*DP*, pág. 941 -3-; *AT*, págs. 776 y ss -3-). Esta motivación, en mi opinión, se reduce a la determinación de la naturaleza de la norma, al punto que la omisión se caracteriza por infringir una norma de mandato, y en la acción se infringe una norma de prohibición. Gimbernat enumera los siguientes principios: el comportamiento será omisivo si no existe movimiento corporal alguno causante del resultado típico -criterio de la causalidad- (<<Causalidad, omisión e imprudencia>>, pág. 209). Pero, agrega dicho autor, cuando en la conducta concurran elementos activos y omisivos "si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos -como unidad natural de comportamiento- cuando sean igualmente graves…" (Ídem). Si la omisión precede a la acción, y aquella es atípica, "el único comportamiento jurídico-penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica" (Ibídem, pág. 210). Sobre este punto, vid. Roxin, <<En el límite entre comisión y omisión>>, págs. 226 y ss; Otto, *Grundkurs*, págs.156 y ss -2 y ss-.

sión). Los primeros se caracterizan porque el tipo penal se consuma con la sola omisión de la conducta debida por el autor. Por lo tanto, esta modalidad constituye un auténtico tipo de mera actividad. Así, el caso referido del testigo que no acude al llamado del tribunal (Art. 238 CP). Ahora bien, los tipos de comisión por omisión (omisión impropia) se distinguen porque, además de la omisión de la conducta debida, exigen la producción de un resultado material (cambio o modificación del mundo exterior) que se imputará a la omisión del autor en razón de su posición de garante, como el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo recién nacido, quien muere en consecuencia.

La circunstancia, en los tipos penales de comisión por omisión, de que la fuente de posición de garante no esté prevista de forma expresa en algunas legislaciones (vgr. CP venezolano), siendo la misma consecuencia de una interpretación de los tipos de acción, conduce a cuestionar su constitucionalidad por infracción del principio de legalidad[5]. Al respecto, un sector de la doctrina penal sostiene la necesidad de incluir una disposición general en la ley que permita extender el tipo comisivo de resultado a la omisión, además de exigir que el legislador especifique qué tipos penales admiten la llamada comisión por omisión[6]. No obstante, otro sector se pronuncia por la no inclusión de dicha cláusula general en el Código penal[7], por considerar que de esta forma todo tipo penal pudiera realizarse mediante comisión por omisión[8].

---

5 Bacigalupo, *Principios*, pág. 390.

6 Ibídem, pág. 395. Se pronuncia Huerta Tocildo a favor de una tipificación expresa del delito de comisión por omisión ya que, opina, la omisión no es directamente subsumible en el tipo de comisión, razón por la cual debe preverse una cláusula en la parte general del Código penal, donde se establezcan las posiciones de garante, o deben tipificarse en la parte especial los supuestos específicos de comisión por omisión (*Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pág. 70).

7 Por todos, Gómez Benítez, *Teoría*, págs. 587 y ss, aunque este autor admite la necesidad de una cláusula de equiparación que se refiera a las fuentes del deber de actuar (Ibídem, pág. 590).

8 Bustos, *Manual*, pág. 383. Este autor considera inadecuada la cláusula de equiparación de los tipos de omisión: "Pareciera que la única vía es ir a su resolución en la parte especial con el sistema de numerus clausus, tal como sucede con la culpa; ahora bien, como esto de *lege ferendae* puede ser muy complejo o dificultar la técnica legislativa, pareciera lo más adecuado no

Si bien considero necesaria en la legislación, una cláusula general que contenga las fuentes de posición de garante, y que a la misma se le añada una disposición que limite la figura de la comisión por omisión a determinados delitos, la falta de una disposición semejante no impide la punibilidad de esta forma típica ya que ella deriva de la interpretación valorativa del verbo rector del tipo. Así, por ejemplo, la expresión "dar muerte" contenida en el art. 405 CP no debe entenderse necesariamente solo de manera causal, sino en un sentido valorativo al punto de que la madre que no alimenta al hijo recién nacido hasta que ocurre su muerte, efectivamente lo "mata". Sin embargo, la circunstancia de que los tipos de comisión por omisión no estén expresamente establecidos en la legislación conduce a una mayor exigencia de requisitos para su configuración.

Es de destacar que la LOPNNA establece la referida cláusula general de fuentes de posición de garante, cuando el niño o adolescente es objeto de cuidado por la persona obligada. El artículo 219 de esa ley prevé la comisión por omisión "genérica", en los siguientes términos: *"Quien esté en situación de garante de un niño, niña o adolescente por virtud de la ley, de un contrato o de un riesgo por él creado, responde por el resultado correspondiente a un delito de comisión"*. La disposición debe entenderse en el sentido de que la persona obligada tenga el deber (garante) de proteger al niño o adolescente, es decir, que este sea el bien jurídico a proteger[9]. Por lo tanto, no se refiere la norma a los casos de posición de garante cuando el propio niño o adolescente constituyan la fuente de peligro a controlar. No abarcaría, por ejemplo, el supuesto del padre que lee descuidadamente en un banco del parque, mientras su hijo de 5 años de edad arroja piedras a los visitantes, lesionando a una anciana. En este caso, el padre pudiera responder como autor en comisión por omisión de la lesión causada por su hijo, especialmente por la falta de autonomía del niño, aunque este supuesto no esté contemplado expresamente en la referida norma de la LOPNNA.

---

legislar sobre esta materia y dejarla a la labor interpretativa, que tendrá que trabajar con criterios restrictivos en su elaboración, conforme a los principios generales del derecho penal (Ídem).

9 Así, Irazu, <<Las sanciones penales en la Ley orgánica para la protección del Niño y del adolescente>>, pág. 236.

En sentido similar, la enumeración que hace la ley mencionada de las tradicionales fuentes de posición de garante (la ley, el contrato y el actuar precedente), descartan la existencia de otras fuentes de posición de garante vinculadas sobre todo al control de una fuente de peligro (vgr. control de objetos y personas peligrosas). Así, quien tiene un perro peligroso en su casa y no lo sujeta durante la visita de un niño, sufriendo este una grave mordedura del animal, estrictamente hablando no encuadraría en ninguna de las fuentes contempladas precisamente porque su posición de garante no recae sobre el niño sino sobre la fuente de peligro (el perro)[10].

Por otro lado, surge la pregunta si dicha disposición se refiere a todo delito previsto en las leyes venezolanas o solo a los delitos contemplados en la LOPNNA. Considero que esa norma abarca todo delito establecido en el ordenamiento jurídico venezolano.

En todo caso, considero que disposiciones como la analizada no son necesarias para que alguien responda como autor en comisión por omisión de un delito. Incluso, su incorporación en esta ley especial pudiera conducir a pensar que se castigan los delitos de omisión impropia (comisión por omisión) únicamente cuando se protegen niños y adolescentes, y no en otros supuestos.

IV.- La omisión propia

El tipo objetivo de omisión propia, como expliqué antes, se perfecciona con la sola omisión del autor y exige para su configuración los siguientes elementos: a) una situación de hecho descrita en la ley, de la cual surge el deber de actuar; b) la omisión de ese actuar determinado; y, c) la posibilidad concreta de actuar[11].

a.-Supuesto de hecho determinado en la ley: en la omisión propia, la ley describe una situación de hecho de la cual surgirá el deber de actuación del autor[12]. Por ejemplo, en el tipo de negativa de servicios le-

---

10 Incluso, la última de las fuentes de posición de garante citadas por el artículo 219 de la LOPNNA, no recae sobre el niño o adolescente sino sobre una fuente de peligro, precisamente el actuar precedente.

11 Mir Puig, *DP*, pág. 322 -27-; Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 615 y ss.

12 Así, Welzel, *DP*, págs. 241 y ss; Gómez Benítez, *Teoría*, pág. 579.

galmente debidos (art. 238 CP) se contempla como supuesto de hecho el ser citado a declarar por el Tribunal[13].

b.- Ausencia de una acción determinada: en el tipo de omisión no falta una acción en general sino una "acción determinada". Así, puede que exista actividad del autor pero no la exigida por el tipo penal. Por lo tanto, debe compararse la conducta efectivamente realizada por el sujeto obligado y la que debía realizar. Volviendo al ejemplo anterior, la persona citada por el tribunal a declarar como testigo, se queda en su casa viendo un programa televisivo. Ella realiza una conducta general, la de ver televisión, pero no la conducta concreta que debía realizar, la conducta esperada (acudir al tribunal).

c.- Capacidad de actuar: para que exista omisión propia, el sujeto obligado debe estar en condiciones concretas de poder actuar conforme a lo esperado[14]. Si falta la capacidad de actuar en general (vgr. el testigo ha sido amarrado a una silla, o encerrado en una habitación, y no puede acudir al llamado del tribunal) no habría conducta, por lo tanto faltaría el primer elemento del delito[15].

V.- La omisión impropia

Esta se caracteriza por la concurrencia de un resultado material, junto a la omisión de una conducta determinada. En este tipo penal

---

13 No obstante, la denomina Silva Sánchez "situación de peligro para el bien jurídico"(*El delito de omisión*, pág. 281), concebida por este autor desde el punto de vista *ex ante*, cuya existencia se decide en el momento en que el sujeto no ha comenzado a actuar y puede hacerlo en uno u otro sentido (Ibídem, pág. 284). Ello, sin embargo, no quiere decir que la omisión propia sea un tipo de peligro (al respecto, vid. Luzón Peña: <<Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia (Comentario a la Sentencia TS 3-3-1980)>>, págs. 184 y ss; expresamente, pág. 187). Por su parte, Mir Puig llama a este elemento "situación típica" (*DP*, pág. 322 -27-), y añade como elementos del tipo de omisión propia, la ausencia de una acción determinada y la capacidad de actuar (Ídem).

14 En cuanto a la capacidad de actuar, sostiene Gómez Benítez que la misma se mide "...según el baremo del <<observador medio>>, *ex ante*, y con el consiguiente conocimiento de las circunstancias concretas, objetivas, y personales concurrentes en dicho momento (*Teoría*, pág. 580)

15 Zaffaroni, *DP*, pág. 574. Bustos y Hormazábal parecieran concebir estos supuestos como causa de atipicidad (*Lecciones*, pág. 333).

no basta la mera omisión del autor, es necesario, adicionalmente, un resultado material, un cambio o modificación del mundo exterior que deberá ser imputado a la referida omisión. Ahora bien, ¿cómo puede hablarse de un resultado relacionado con la omisión, si un "no hacer" no puede producir "algo" (*ex nihilo nihil fit*)? Pues bien, en la comisión por omisión, al contrario que en el tipo de acción de resultado material, no es necesaria una relación de causalidad como paso previo de vinculación de la conducta con el resultado[16], sin embargo se requiere una relación de imputación entre la omisión y el resultado material. El resultado debe ser imputado a la conducta omisiva del autor, en virtud de su posición de garante y la efectiva protección de un bien jurídico, o el control de una fuente de peligro.

1. Tipo objetivo

El tipo objetivo de la comisión por omisión exige para su configuración, los siguientes elementos: a.- Existencia de una situación de hecho que obliga al autor a intervenir; b.- la omisión de una conducta debida; c.- posibilidad concreta de actuar; d.- existencia de un resultado, distinto de la propia omisión del autor; e.- imputación del resultado a la omisión del autor, en virtud de la existencia de una posición de garante del autor (relación de dependencia).

El primer requisito consiste en la existencia de una situación de hecho que obligará, en principio, a que el autor actúe para evitar el resultado. Así, el niño recién nacido que llora desesperadamente porque su madre no le ha dado de comer. En este ejemplo, el deber de actuar surge desde el momento en que el bien jurídico entra en conmoción, es decir, desde que se coloca en una situación de peligro que requiere la

16 Un sector tradicional de la doctrina penal hace alusión a la necesidad de una "causalidad hipotética" en esta clase de delitos (Por todos, Rodríguez Mourullo, *DP*, pág. 307; en parecido sentido, Mezger, *Tratado*, vol I, págs. 287 y ss). Considero que no es necesario acudir a una supuesta "causalidad hipotética" para fundamentar la posibilidad de evitación del resultado, por parte del autor de un tipo de comisión por omisión. Pareciera negar la necesidad de la causalidad en el tipo de omisión la STSJ 66, del 30 de mayo de 2000 (Sala Plena). Como veremos en breve, la imputación del resultado, mediante la posición de garante y la relación de protección de un bien jurídico o control de una fuente de peligro, logra ese fin. Bien dice Bustos, la "causalidad hipotética" no es causalidad (*Manual*, págs. 379 y ss).

intervención inmediata de la persona obligada a fin de evitar el resultado lesivo. En cuanto al segundo requisito, es necesaria la ausencia de la conducta debida, en el sentido de que el autor obligado no lleva a cabo la conducta que debía realizar. El tercer elemento, al igual que en la omisión propia, se configura por la posibilidad concreta de actuar. La cuarta condición consiste en la producción del resultado típico lesivo, vgr. la muerte o el daño en la salud del niño recién nacido por la falta de alimentos. El quinto requisito, no obstante, será el factor fundamental para responsabilizar al sujeto obligado por el resultado producido: la imputación del resultado a la omisión del autor por la concurrencia de una posición de garante.

Sobre este último requisito, se aprecian en la doctrina dos tendencias para fundamentar las fuentes del deber de evitar un resultado. Según una primera *teoría formal*, solo el ordenamiento jurídico podría imponer la obligación a una persona de no omitir una conducta, de evitar el resultado, de allí que se admitan únicamente la ley, el contrato o el actuar precedente, como fuentes de la posición de garante[17]. Esta teoría fue sustituida por una *fundamentación material* de la posición de garante, que se basa en la relación concreta del obligado con el bien jurídico (más que en el cumplimiento del deber formal), o en el control concreto de una fuente de peligro para el bien jurídico[18].

En la omisión impropia, la imputación del resultado a la omisión del autor se fundamenta en la posición de garante, que exige, a su vez, una relación de dependencia del bien jurídico garantizado, o de la fuente de peligro, con respecto a la persona que se encuentra en posición de garante[19]. Por lo tanto, misión de la imputación en los tipos de omisión

---

17 Bacigalupo, *Principios*, pág. 397; del mismo, *Delitos impropios de omisión*, pág. 125. Sobre la evolución de esta teoría y su crítica, vid. Perdomo Torres, *La Problemática...*, págs. 20 y ss.

18 Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, págs. 282 y ss; Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, pág. 138; similar, Mir Puig, *DP*, pág. 324 -34 y ss-.

19 Desde otro punto de vista, sostiene Bustos, como criterio de imputación objetiva, en la comisión por omisión el resultado debe coincidir con la exigencia de evitación ya que el resultado puede ser producto de otro riesgo; además, surge un nuevo criterio de imputación objetiva: "que el resultado sea concretización del deber de garante específico del sujeto" (*Manual*, pág. 387).

impropia es determinar cuándo, partiendo de que la persona se encuentre en posición de garante, existe la citada relación de sujeción[20].

Los casos de posición de garante se pueden agrupar de la siguiente manera: A.- *Deber de protección de un bien jurídico*; B.- *Deber de control de una fuente de peligro*[21].

A.- En el primer grupo debe existir una relación de *dependencia fáctica* del bien jurídico respecto de la persona obligada. Esta relación debe entenderse en el sentido de que la incolumidad del bien jurídico dependa necesariamente del sujeto obligado (falta de autonomía del bien jurídico, en el sentido de que su titular no puede realizar actividad alguna para protegerlo), y finalmente este sujeto pueda evitar el resultado mediante su intervención, lo cual hace surgir la expectativa de protección en el titular del bien jurídico[22]. Dentro de este primer grupo podemos distinguir los siguientes casos:

- Existencia de una estrecha vinculación familiar o afectiva: están en posición de garante las personas respecto de aquellos bienes, con cuyo titular estén vinculados por una relación de afecto, bienes que dependan fácticamente de aquellos. Así, la madre está en posición de garante respecto de la vida e integridad física de su hijo recién nacido. Por lo tanto, si la madre niega el alimento al niño, quien obviamente no puede procurárselo por sí mismo, respondería por las lesiones o la muerte acaecida. Por su parte, si el niño de once años le pide a su madre algo de comer, y la madre se niega, aunque aquel esté en capacidad de tomar algo de la nevera, o de la alacena, no se imputaría a aquella la posible lesión a la salud del niño obstinado en no comer hasta que la madre le diera el alimento. En este caso, no existe una dependencia fáctica del bien en relación con el sujeto obligado.

---

20 Silva Sánchez, *El delito de omisión*, págs. 307 y ss; del mismo, <<Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario>>, pág. 369, nota 7. En el mismo sentido, aplicando la categoría de la comisión por omisión para la responsabilidad del superior jerárquico en la empresa, Schünemann: <<Cuestiones básicas de dogmática jurídica-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa>>, pág. 537.

21 Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 621 y ss; Mir Puig, *DP*, pág. 324 -34-

22 En sentido similar, ibídem, págs. 325 y ss -38 y ss, especialmente marginal 39-.

- Protección voluntaria de un bien jurídico: son garantes de los bienes, que dependan fácticamente de ellos, las personas que voluntariamente se han comprometido a su protección. Se trata de la antigua figura del contrato como fuente de la posición de garante, aunque no haga falta la existencia de un contrato como tal. Basta el simple compromiso voluntario de asumir la protección de un bien jurídico, y que, a consecuencia de dicho compromiso, el bien pase a depender del sujeto obligado. Vgr., el profesor de natación para niños de corta edad, está en posición de garante respecto de aquellos niños que no sepan nadar.

Nuevamente debo detenerme en el siguiente aspecto: al asumirse voluntariamente la protección del bien jurídico, este debe depender, de hecho, del sujeto obligado. Por ejemplo, la enfermera que debe suministrar un medicamento al paciente gravemente enfermo, y deja de hacerlo por olvido o porque no le preocupa lo que le pueda suceder, sufriendo el paciente un grave colapso por la falta de aplicación del fármaco. En este caso, como es fácil advertir, la enfermera se encuentra en posición de garante, precisamente porque el paciente enfermo no puede valerse de sí mismo, y necesita de la enfermera para consumir el medicamento. En cambio, si el paciente puede tomar la medicina por sí solo, pero por terquedad o por esperar a que la enfermera cumpla con su deber profesional, sufre un colapso, no podría hablarse de una posición de garante.

- Comunidad de peligro: Hay actividades riesgosas que ineludiblemente deben ser practicadas de forma conjunta. Si el riesgo propio de la actividad degenera en un estado mayor de peligro contra algunas de las personas que practican la referida actividad, cada uno de los practicantes debe ayudar a la posible víctima. Así, en el caso del submarinismo a gran profundidad, el cual debe realizarse necesariamente de forma conjunta. Si uno de los submarinistas tiene algún problema con el tanque de oxígeno, por ejemplo, los demás compañeros submarinistas deben socorrerle, y tratar de evitar un mal mayor.

B.- Deber de control de una fuente de peligro. Este grupo de fuentes se caracteriza porque el deber de garante no recae directamente sobre el bien jurídico, sino sobre una fuente de peligro: un hecho, cosa o persona, peligroso en sí mismo que debe ser controlado por alguien para que de él no derive una lesión. En este caso, la relación de sujeción deriva

de que el peligro materializado en el objeto, la persona, o el acto, únicamente puede ser controlado, disminuido, o eliminado, por la persona que se encuentra en posición de garante.

- Actuar precedente (injerencia): son garantes, las personas que hayan causado un riesgo o un peligro relevante para un bien jurídico, de lo cual deriva el deber de evitar que el mismo degenere en una lesión o daño. Discute la doctrina cómo debe manifestarse la actividad previa que colocaría a la persona en posición de garante. Así, se descarta que la persona quede en posición de garante cuando el actuar precedente sea conforme a derecho, o socialmente adecuado[23]. Un sujeto conduce correctamente su vehículo, contra el cual colisiona un ciclista que maneja imprudentemente. Si el conductor del vehículo huye del lugar sin socorrer al ciclista, muriendo este al cabo de un tiempo por la falta de atención oportuna, solo respondería por omisión de socorro y no por lesiones u homicidio en comisión por omisión[24]. En tal sentido, se parte del supuesto de que el actuar precedente, la creación del riesgo previo debe constituir un hecho antijurídico[25]. La posición de garante en el

---

23 Jakobs, *DP*, pág. 973 -30-; *AT*, pág. 803 -30-.

24 Mir Puig, *DP*, pág. 331 -59 y ss-.

25 Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 625 y ss. Para Mezger, el actuar precedente debe ser antijurídico, y el autor al menos actuar culposamente (*Tratado*, vol I, pág. 303). No obstante, este autor expone el caso del sujeto que cierra su casa de campo situada en un paraje apartado, y cuyo teléfono solo permite la comunicación con su casa de la ciudad, sin percatarse que dejó encerrado a un hombre que se introdujo subrepticiamente; este llama por teléfono rogándole que le deje salir: "Incluso en tales casos no es posible dejar a un hombre en dicha situación por tiempo indefinido" (Ídem), y antes expresa: "tampoco es posible en principio negar en estos casos dudosos *el deber* del sujeto de intervenir activamente, en tanto existiera la posibilidad de hacerlo". En mi opinión, al ser irrelevante jurídicamente el acto previo (cerrar la casa), el dueño solo pudiera responder, si se niega a liberar al invasor, por una omisión de socorro en caso de que el sujeto corra peligro, y en modo alguno por privación ilegítima de libertad en comisión por omisión. Para Jakobs no es necesario que el acto precedente sea antijurídico: "…El sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias existe también respecto de las formas de comportamiento que supongan un incremento de los riesgos normales de toda manifestación vital, lo que especialmente (aunque no sólo) se puede observar en que el derecho a realizar tales comportamientos conlleva una responsabilidad objetiva"(<<La omisión: estado de la cuestión>>,

caso del actuar precedente no depende del aspecto subjetivo sino del actuar antijurídico del autor. Por lo tanto, basta que el hecho precedente sea antijurídico, independientemente de que el mismo sea doloso o culposo, para que la persona quede en posición de garante.

- Deber de control de objetos peligrosos que operan en el ámbito del propio dominio: existe el deber de evitar que las cosas peligrosas bajo la custodia del obligado no produzcan una lesión o un peligro para un bien jurídico. La persona, dueña de un perro peligroso, que celebra una reunión en su hogar debe evitar que el animal produzca alguna lesión a los invitados. En este caso, el objeto peligroso, el perro, también debe depender fácticamente del autor, en el sentido de que la persona obligada sea la única que, por ejemplo, pueda controlar al perro.

- Deber de control sobre personas: existe el deber de control sobre personas que en sí mismas constituyen un peligro, circunstancia que podría originar una posición de garante. El caso se refiere concretamente a personas que carecen de capacidad de autodeterminación, lo cual no debe confundirse con la inimputabilidad de la persona peligrosa. Si el inimputable es totalmente peligroso, existe el deber de control por parte del cuidador, pero no por su ausencia de responsabilidad sino por su falta de autodeterminación. De allí la factibilidad de admitir la posición de garante. Por ejemplo, el enfermero del centro psiquiátrico que lleva a pasear a un esquizofrénico de alta peligrosidad al parque cercano al centro de salud. Si dicho cuidador se limita a observar pasivamente como el enfermo mental lanza piedras a los visitantes del parque, sin intervenir, pudiera imputársele las lesiones ocasionadas por no haber controlado la fuente de peligro (el inimputable peligroso).

En los demás casos, debe precisarse hasta dónde existe en el inimputable un ámbito de actuación propia que pudiera calificarlo de autor del hecho (autodeterminación). En efecto, piénsese en el caso del padre que lleva a su hijo a jugar al parque, y se queda observándole como lanza piedras contra los otros visitantes del parque. En caso de una lesión

pág. 139). No obstante, excluye el actuar precedente como fuente del deber en el caso de la conducta de la propia víctima (Ídem). Concluye dicho autor: "… en cualquier caso parece que la regla <<quien origina un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento>> es más acertada que la regla del comportamiento precedente antijurídico" (Ibídem, pág. 140).

a un transeúnte, ¿debería responder el padre que cuidaba al niño y que observaba lo que estaba ocurriendo, sin hacer nada por evitarlo? Desde mi punto de vista, habría que determinar en este ejemplo la concreta capacidad de autodeterminación del niño. Así, pudiera decirse que un niño de 11 años tiene la suficiente capacidad de autodeterminación y discernimiento para excluir la responsabilidad al padre, en comisión por omisión, de sus actividades lesivas. Ahora bien, si se trata de un niño de 4 años, pudiera decirse que tal capacidad de autodeterminación no existe, y la lesión producida por el niño pudiera imputarse al descuidado padre que conversa alegremente, mientras su hijo de 4 años lanza piedras contra los transeúntes.

Igualmente, se plantea el supuesto de personas peligrosas, imputables, que se encuentran bajo la vigilancia de otras personas. Así, el ejemplo del carcelero que se queda observando, sin intervenir, como uno de los condenados de alta peligrosidad se apresta a matar al nuevo convicto que llega a la celda. Considero que no puede imputarse la muerte del nuevo recluso al vigilante, en comisión por omisión, ya que intervino un tercero imputable con autonomía de determinación, de forma tal que operaría una prohibición de regreso que exculparía al vigilante. No obstante, este podría responder por un delito de omisión de socorro, aparte de las infracciones administrativas respectivas.

2. Tipo subjetivo en la comisión por omisión

Si el tipo de comisión por omisión es doloso, requiere el *conocimiento de la posición de garante y de la situación de peligro para el bien jurídico*. En relación al obligado, conocer la posición de garante implica saber que el bien jurídico, o la fuente de peligro, dependen fácticamente de él. Además, la segunda parte del conocimiento abarca el propio peligro para el bien jurídico, o el carácter peligroso del objeto o persona a su cargo, o del acto previo realizado. No obstante, antes he afirmado que el dolo, según nuestro CP, no requiere exclusivamente el conocimiento del autor, sino además implica un elemento volitivo, querer la conducta y, en su caso, el resultado. ¿Puede hablarse entonces de un elemento volitivo en el tipo doloso de comisión por omisión?[26] Desde mi punto de

26 Al respecto, expresa Bustos que en el tipo de omisión únicamente basta con el elemento cognoscitivo del dolo (*Manual*, pág. 381; Bustos-Hormazábal, *Lecciones*, pág. 334). Por su parte, sostiene Gómez Benítez la necesidad del

vista, la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, el autor debe aceptar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. Dicho de otra manera, el autor a sabiendas de la existencia del riesgo debe "no querer" actuar, en el sentido de querer realizar la conducta contraria a la que efectivamente debe realizar.

El desconocimiento de la situación de peligro, o la creencia equivocada de que el resultado no ocurrirá, daría lugar a un error de tipo. Si el sujeto desconoce que el perro peligroso a su cargo, que mordió al visitante, estaba suelto, o a sabiendas de lo anterior, nunca imaginó que el animal atacaría, actuaría bajo un error de tipo. Por lo tanto, si el autor considera que no están dadas las condiciones para actuar, o que aún tiene un margen de tiempo para intervenir, o simplemente que la víctima puede evitar el resultado material por sí misma, produciéndose la lesión por un error de apreciación, estaríamos en presencia de un error de tipo. La madre que no da de comer al hijo recién nacido pues considera que puede sobrevivir varios días sin alimento hasta que consiga el dinero para la comida, produciéndose una grave deshidratación del bebé, actuaría bajo un error de tipo vencible que acarrearía la presencia de un tipo culposo. Es evidente que la madre no "quiere" la lesión de su hijo, pero su negligencia impide evitarla.

Por otra parte, el desconocimiento del deber de intervenir, o de la dependencia fáctica del bien jurídico o de la fuente de peligro, acarrearía un error de prohibición: el autor sabe que el perro es peligroso y que puede controlarlo, pero entiende que al no responder penalmente los animales, la lesión que puedan causar carece de relevancia jurídica.

---

conocimiento y volición de la situación de hecho en el tipo de comisión por omisión, de la situación de garante (*Teoría*, pág. 605).

CAPÍTULO VII
TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN

Bibliografía concreta citada

Alcácer Guirao, Rafael: *La tentativa inidónea*, Comares, Granada, 2000; Bustos Ramírez, Juan: <<Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema>>, en, del mismo autor, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 309 y ss; Farré Trepat, Elena: *La tentativa de delito*, Librería Bosch, Barcelona, 1986; Martínez Escamilla, Margarita: *El desistimiento en Derecho penal*, Universidad Complutense-Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; Modolell González, Juan: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Liber, Caracas, 1998; Muñoz Conde; Francisco: *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Bosch, Barcelona, 1972; Roxin, Claus: <<Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada>> en, del mismo autor, *Problemas básicos*, cit., págs. 248 y ss; del mismo: <<Acerca del fundamento penal de la tentativa>> -trad. de Abanto Vásquez-, en, del mismo autor, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, págs. 255 y ss.

I.- Introducción

El CP no solo castiga los delitos consumados sino también aquellos que concluyen en etapas anteriores, los llamados tipos de tentativa y de frustración (tipos de imperfecta realización). Se denominan de imperfecta realización en razón de que el tipo consumado constituye la figura ideal creada por el legislador. Así, en el delito de homicidio del CP (art. 405) se hace referencia al hecho de producir la muerte, no al simple intento: "El que intencionalmente haya *dado muerte* a alguna persona". Por lo tanto, la tentativa y la frustración constituyen tipos "imperfectos" con relación a la figura ideal del delito, el tipo consumado. Ahora bien, en virtud de disposiciones de la parte general del CP, la punibilidad se extiende también al intento de delito. De no existir normas semejantes, quedaría impune el hecho previo a la consumación.

Distingue el CP como formas de imperfecta realización, la tentativa y la frustración (art. 80). En la doctrina moderna se utiliza la palabra tentativa como sinónimo de delito imperfecto, y dentro de ella se distingue la tentativa acabada y la tentativa inacabada. Sobra decir que seguiré la terminología utilizada por el CP[1].

II.- Fundamento de la punición del delito imperfecto

Las teorías que explican el castigo del delito imperfecto pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

-Teorías objetivas, según las cuales el delito imperfecto se castiga porque representa un peligro para el bien jurídico[2]. Las consecuencias principales de la aplicación de esta doctrina serían: a.- diferencia de punibilidad entre el delito consumado y el delito imperfecto[3]. Inclusive, dentro de este pudiera distinguirse la pena por el simple comienzo de ejecución ("tentativa" en el CP) y la pena por la culminación de los actos ejecutivos que, sin embargo, no han podido consumar el tipo penal ("frustración", según el CP). A mayor aproximación a la lesión del bien jurídico, mayor cantidad de pena; b.- impunidad de la llamada tentativa inidónea, precisamente por la falta de peligrosidad para el bien jurídico[4].

-Teorías subjetivas: sustentan la punibilidad del delito imperfecto bien en la peligrosidad del autor (el sujeto demuestra una voluntad con-

---

1 La LHRVA prevé en su artículo 4 lo que denomina "tentativa de hurto" de vehículos, al expresar "quien iniciare la ejecución de un delito de hurto de vehículo automotor, aun cuando no se produzca la consumación del mismo, será castigado con pena de dos a cuatro años de prisión". Esta norma podría interpretarse de dos maneras distintas. Una, en el sentido de que esta ley utiliza la terminología moderna, según la cual se habla de "tentativa" como sinónimo de delito imperfecto (Así, STSJ 222, Sala de Casación Penal, del 22 de junio de 2004). La otra interpretación plantearía que en estos delitos, por ser de mera actividad, no es posible hablar de frustración. Personalmente me inclino por la segunda solución.

2 Farré Trepat, *La tentativa*..., pág. 6.

3 Ibídem, pág. 7

4 Ibídem, págs. 6 y ss.

traria al ordenamiento jurídico, y por eso debe castigarse)[5], o bien en la imposibilidad de distinguir las contribuciones al delito en un plano objetivo[6]. Las consecuencias sustanciales de la aplicación estricta de este grupo de teorías son: a.- punibilidad general de los actos preparatorios[7], dado que, desde el punto de vista subjetivo, no existe razón alguna para distinguir entre comprar un arma que se utilizaría para cometer un homicidio, y la comisión efectiva de este. En ambos casos se obra con la intención de matar; b.- falta de diferenciación del *quantum* de la pena de acuerdo a los grados del *iter criminis*[8]. Si el aspecto subjetivo del delito al comprar el arma, es similar a cuando se persigue a la víctima, o al dispararle, entonces no tendría sentido diferenciar la cuantía de la pena en esas diversas etapas; c.- no distinción entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea ya que no sería relevante la posibilidad de que la conducta logre el resultado, pero sí la intención del autor. Sería igual, a nivel subjetivo, que el autor intente matar a la víctima con una dosis insuficiente de veneno o con una cantidad adecuada para tal fin[9]. Ello explicaría la equivalencia entre ambas formas de actuación, y por ende de su punibilidad; d.- castigo de la tentativa absolutamente inidónea, ya que lo esencial es sancionar la voluntad criminal del sujeto[10]. Intentar matar a alguien mediante rezos o conjuros, evidencia ya la intención delictiva.

-Teorías mixtas, dentro de las cuales pueden mencionarse la *teoría de la impresión*, y la *teoría de la unificación* de Roxin. La primera fundamenta el castigo del delito imperfecto en la manifestación de la voluntad criminal del autor, en su voluntad de infringir la norma de conducta y, a su vez, en la afectación de la validez del ordenamiento jurídico, la

---

5 Ibídem, pág. 12.

6 Para Bacigalupo, esta posición se fundamenta en la teoría de la equivalencia de las condiciones: "si todas las condiciones son equivalentes para el resultado, no hay distinción posible en el plano objetivo; es preciso entonces recurrir al subjetivo" (*Principios*, pág. 337). Sobre las distintas formas de fundamentar ideológicamente la teoría subjetiva, vid. Farré, *La tentativa...*, págs. 12 y ss.

7 Bustos, *Manual*, pág. 413.

8 Ídem.

9 Ídem; Farré, *La tentativa...*, pág. 17.

10 En este sentido, Bacigalupo, *Principios*, pág. 337.

seguridad y la paz jurídicas[11]. Entre a las consecuencias de esta teoría, se mencionan las siguientes[12]: a.-castigo de los actos preparatorios cuando causen conmoción[13]; b.- lógicamente, considero, no debería distinguirse la pena de la tentativa acabada (frustración) de la del delito consumado, aunque pudiera admitirse una atenuación facultativa en el caso de la tentativa inacabada (tentativa propiamente dicha). c.-admisión de la punibilidad de la tentativa inidónea solo cuando cause conmoción, lo cual acarrearía la impunidad de la tentativa irreal.

Una variante sería la *teoría de la unificación* de Roxin, según la cual se castiga la tentativa por razones de prevención general o especial, que derivan, en principio, "de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo"[14]. En este sentido, sostiene Roxin que los tipos de imperfecta realización lesionan la paz pública[15].

Las dos últimas teorías parecieran sostener que la tentativa lesiona un bien jurídico, como el orden público o la confianza en el Derecho, distinto al que efectivamente busca afectarse (la vida, la integridad física, etc.). Es decir, se castiga el delito imperfecto por lo que este supone contra un bien jurídico supraindividual, más allá del bien concretamente afectado.

Desde mi punto de vista, el castigo del delito imperfecto se justifica por el peligro, pero considerado este desde un punto de vista *ex ante*. Es decir, no se trata de castigar porque exista únicamente la manifestación de contrariedad a la norma, sino porque la infracción implica un auténtico peligro *ex ante* para el bien jurídico. Tal consideración constituye un dato objetivo, al margen de las creencias o percepciones particulares del autor, o de la impronta que el hecho deje en la colectividad. Por

---

11 Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 514.

12 *Bustos*, Manual, pág. 414; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 515; sobre la crítica a la teoría de la impresión, pero con relación a la punibilidad de la tentativa inidónea, vid. Alcácer, *La tentativa inidónea*, págs. 259 y ss.

13 Bacigalupo critica a esta teoría que también el acto preparatorio de un delito grave puede causar conmoción (*Principios*, pág. 338)

14 Roxin,<<Acerca del fundamento...>>, pág. 258.

15 Ibídem, pág. 265.

lo tanto, debe tomarse en cuenta la infracción de la norma por parte del autor, y el peligro objetivo que conlleva, desde un punto de vista *ex ante.* Consecuentemente, podría atenuarse la pena según el grado menor de la infracción, y la menor probabilidad de peligro (*ex ante*).

La necesidad del análisis de la perspectiva *ex ante* del peligro, se basa en el fin de prevención general que persigue la pena. Si esta pretende influir en las personas, mediante la amenaza a fin de evitar la comisión de un delito, entonces esa incidencia solo puede ser analizada en función del momento de realización de la conducta.

III.- Tipo de Tentativa

Según el artículo 80 CP, hay tentativa cuando "con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución, por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad".

1. Tipo objetivo

Su configuración exige los siguientes elementos: a.- comienzo de ejecución; b.- falta de realización de todo lo necesario para consumar el delito, por causas independientes a la voluntad del autor.

Para determinar el *comienzo de ejecución* del tipo penal se esgrimen estas teorías[16]: la *teoría objetivo-formal,* sostiene que es un acto ejecutivo aquel que realiza el comportamiento exigido en el verbo rector del tipo penal (matar, apropiarse, yacer, etc)[17]. Por ejemplo, en el caso del homicidio se iniciaría la ejecución "cuando se comienza a matar". Se le critica a esta posición que su aplicación restringiría considerablemente el ámbito de punibilidad[18]. Volviendo al ejemplo del homicidio, ¿comenzaría la muerte cuando la bala hace contacto con el cuerpo de la víctima, o cuando comienza la destrucción de órganos vitales? Por otra parte, esta teoría encierra una tautología y una indeterminación im-

16 Al respecto, vid. Mir Puig, *DP*, págs. 353 y ss -50 y ss-.

17 Bustos, *Manual*, pág. 419; Farré, *La tentativa...*, pág. 156. En relación al comienzo de ejecución, sostiene una teoría objetivo-formal, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, 2010, págs. 417 y ss: "…sólo una teoría que respete el sentido literal de la acción típica respeta el principio de legalidad" (pág. 418).

18 Bustos, *Manual*, pág. 419; Farré, *La tentativa...*, págs. 158 y ss.

portante[19], ya que habría comienzo de ejecución del homicidio cuando se empieza a matar, siendo la pregunta precisamente ¿cuándo efectivamente se comienza a matar?[20].

Según las llamadas teorías *objetivo-materiales*, existe un acto ejecutivo cuando el autor al menos pone en peligro el bien jurídico, yendo desde un peligro general propio del acto preparatorio, a un peligro concreto[21]. Igualmente, se incluye dentro de esta corriente la tesis sostenida por Frank, según la cual existe comienzo de ejecución cuando la actividad previa a la propia acción típica se encuentra necesariamente unida a esta, "según la concepción natural"[22].

Opuestas a lo anterior, se ha sostenido el inicio de la ejecución delictiva en teorías *subjetivas*, que sin renunciar a la necesidad de la exteriorización del hecho punible, han fundamentado la distinción entre el acto preparatorio y el ejecutivo en la actitud interna del autor (voluntad contraria al derecho, peligrosidad del autor, etc.)[23]. Estas teorías han sostenido que existe comienzo de ejecución cuando la intención antijurídica se reconoce mediante cualquier actividad del autor (teoría subjetiva extrema)[24]; o cuando de la actuación se desprende la intención de cometer un delito concreto (teoría del dolus ex-re)[25]; o cuando la resolución delictiva no solo se refiere a un delito concreto, sino que además se manifiesta como firme, irrevocable o invariable[26]. Como consecuencia de esta teoría, podría derivarse la desaparición de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos; en todo caso, se destaca la importancia del llamado "plan del autor"[27].

Teoría objetivo-subjetiva u objetivo-individual. Combina el criterio subjetivo (plan del autor) con la inmediatez de ejecución de la voluntad

---

19 Así, ibídem, pág. 158.

20 Mir Puig, *DP*, pag. 354 -53-.

21 Farré, *La tentativa*…, pág. 165. Crítica de Bustos: ¿cuándo se pone en peligro el bien jurídico? (*Manual*, pág. 420).

22 Farré, *La tentativa*…, pág. 163.

23 Ibídem, pág. 145.

24 Ídem.

25 Ibídem, pág. 146.

26 Ibídem, pág. 148.

27 Ibídem, págs.. 155 y ss.

criminal: "la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo"[28]. Por lo tanto, el intérprete debe partir, en primer lugar, de cómo el autor del delito quería realizar el hecho punible, es decir, cuál era su plan de ejecución. Una vez determinado el plan, se precisará si el último acto realizado por el autor se encuentra en una relación de inmediatez temporal con el bien jurídico protegido.

Considero que esta última teoría es la más acertada, ya que el dato objetivo por sí solo no revela el fin perseguido por el autor, elemento esencial en la tentativa. En efecto, no es lo mismo sacar el arma de su funda y apuntar a la víctima, para dispararle inmediatamente, que apuntar con el solo fin de intimidarla. El aspecto objetivo del hecho (apuntar a la víctima) es exactamente el mismo, pero la intención (plan) del autor varía.

El *segundo requisito* para la configuración del tipo objetivo en la tentativa consiste en que el autor no haga todo lo necesario para consumar el delito, por causas independientes de su voluntad. Al respecto, debe precisarse cuándo el autor no ha hecho todo lo necesario para la consumación. Desde mi punto de vista, conociendo previamente el plan del autor[29], ello ocurre cuando aún depende de este continuar o detener el mismo. Siempre que la ejecución siga "en manos" del autor, según su plan, estamos necesariamente en la fase de tentativa: todavía no se ha completado todo lo necesario para la consumación.

Además, la falta de realización de todo lo necesario para consumar el tipo debe responder a causas ajenas a la voluntad del autor. Por argumento en contario, en principio, no habría tentativa punible si la falta de continuidad en la ejecución del hecho obedece a la propia voluntad del autor. En este supuesto, si el motivo que impide proseguir es valo-

---

28 Welzel, *DP*, pág. 224; en igual sentido, Bustos, *Manual*, pág. 420. Pareciera acoger esta teoría, aunque mediante una redacción confusa, la STSJ 359, Sala de Casación Penal, del 17 de julio de 2002. Esta sentencia, para determinar el comienzo de ejecución, parte del plan del autor y alude a "aquella actividad a través de la cual se pone en relación inmediata con la realización del tipo penal".

29 Así, Mir Puig, *DP*, pág. 359 -70-

rado positivamente, estaríamos ante un supuesto de desistimiento de la tentativa (art. 81 CP). Más adelante volveré sobre ello.

2. Tipo subjetivo

El dolo en la tentativa exige que el autor conozca y quiera lo que hasta ese momento ha realizado, y, además, como elemento subjetivo adicional, se exige que tenga la voluntad de continuar el hecho hasta su consumación[30].

Por otra parte, el tipo subjetivo de la tentativa puede traducirse igualmente en el dolo eventual del autor[31]. El conductor que maneja a exceso de velocidad sin importarle atropellar los peatones que cruzan la calle correctamente, sería autor de un delito en grado de tentativa, con dolo eventual, si no ocurre ningún arrollamiento. En este caso, el tipo a imputar en grado de tentativa, dependería del dolo del conductor, es decir, del posible resultado por él previsto y aceptado. En efecto, pudiera pensarse que en razón del principio del *in dubio pro reo,* en este ejemplo el autor respondería por una tentativa de lesiones ya que no podría asegurarse que el posible arrollamiento intentado (con dolo eventual), acarrearía necesariamente la muerte del peatón. Sin embargo, lo que califica el tipo de tentativa, además de la aptitud del acto realizado, es el propio dolo del autor.

IV.-Tipo de Frustración

El artículo 80 CP, en su último párrafo, expresa que hay frustración "cuando alguien ha realizado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad".

1. Tipo objetivo

El tipo objetivo de la frustración exige, aparte del comienzo de ejecución, que el autor haya hecho todo lo necesario para consumar el hecho. Ya anteriormente me referí al momento del comienzo del tipo penal, por lo tanto vale lo dicho en ese lugar. En cuanto al segundo

---

30 Así, Cobo-Vives, *DP,* 1999, pág. 727 y ss; Mir Puig, *DP,* págs. 360 y ss -77-.

31 En este sentido, Luzón Peña, *Curso,* pág. 428; Muñoz Conde-García Arán, *DP*, 2010, pág. 416.

elemento, considero que el autor ha hecho "todo lo necesario para la consumación del mismo" cuando, según su plan[32], ha cesado su actividad y la producción del resultado depende de sí misma, o de la realización de un hecho ajeno al propio autor: la producción del resultado material escapa de su dominio. De tal forma que, solo cabrá frustración en los tipos penales que requieran para su perfeccionamiento un hecho distinto a la propia conducta del autor, cuya realización no se confunde con esta. Es decir, la consumación se realizará por sí sola una vez que la actividad del autor haya concluido, de allí que deberá existir una separación espacio-temporal entre la conducta y el resultado (tipo de resultado material). Si la sola conducta del autor configura el tipo penal (tipos de mera actividad), resultaría incoherente hablar de frustración. Por ejemplo, para la consumación del delito de homicidio no basta que el autor dispare, sino también es indispensable la muerte de la víctima como un hecho distinto a la conducta. El resultado muerte, escapa al control del autor una vez que "ha tirado del gatillo".

Sin embargo, aún no se entra en el ámbito de la frustración por el solo hecho de que el autor haya cesado su actividad para consumar el delito. Aparte de que cese su conducta, de acuerdo al plan es indispensable para que concurra la frustración, que exista un peligro concreto para el bien jurídico.

2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo del delito de frustración es igual al del respectivo delito consumado[33], por lo tanto todas las consideraciones explicadas en relación al dolo son aplicadas a este punto. No obstante, cabe aclarar que también el dolo eventual es compatible con el tipo de frustración. Así, el tirador que dispara a gran distancia contra la muchedumbre, "a ver si acierta", respondería por un homicidio frustrado en caso de no matar a alguien.

V.- Tentativa inidónea (tipo imperfecto inidóneo)

La tentativa inidónea es la conducta que, apreciada desde un punto de vista *ex-post*, carece de aptitud para lograr la consumación del

32 Jakobs, *AT*, pág. 748 -15-; Bacigalupo, *Principios*, pág. 348;

33 Mir Puig, *DP*, pág. 361 -78-.

hecho. Si bien se afirma correctamente que a posteriori todas las tentativas son inidóneas, porque no se produjo la consumación, esta clase de tentativa se caracteriza porque evaluando *posteriormente* todas las circunstancias del acto, se puede concluir que desde el comienzo de la ejecución, o durante la misma, existía una imposibilidad objetiva de consumar el delito[34]. Ejemplo: un grupo de asaltantes entran a una joyería con el fin de sustraer las joyas más valiosas guardadas en una caja fuerte. Al abrirla descubren que allí no están las joyas, pues el dueño del local las había llevado a su casa para limpiarlas. Nótese que el delito nunca habría podido realizarse, pero tal circunstancia solo es conocida posteriormente por los delincuentes.

Fundamento del castigo de la tentativa inidónea: Los criterios para castigar la tentativa inidónea van desde la manifestación voluntad criminal, pasando por la peligrosidad del autor y el peligro del acto inidóneo para el bien jurídico, hasta la simple infracción del ordenamiento jurídico[35]. Desde mi punto de vista, la tentativa inidónea representa un peligro para el bien jurídico, aunque debemos precisar si ese peligro tiene carácter *ex post* o *ex ante*.

Un primer camino para sancionar penalmente la tentativa inidónea consistiría en atribuirle una peligrosidad *ex ante* a la conducta. En tal sentido, la tentativa inidónea solo se castigaría cuando, desde el punto de vista de un observador imparcial situado en la posición del autor, la conducta manifestada era peligrosa (perspectiva *ex ante*), aunque luego, *ex post*, se determine que en modo alguno esa conducta podía consumar el delito[36]. El ejemplo de los asaltantes de la joyería sería un verdadero caso de tentativa inidónea punible, ya que *ex ante* cualquier persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la posibilidad de éxito de la conducta, aunque solo *ex post* se haya conocido la circunstancia del retiro de las joyas por parte del propietario, lo cual permite afirmar la idoneidad de la conducta de los asaltantes de la joyería. Por el contrario, si el peligro se descarta totalmente *ex ante*, la tentativa inidónea no podría castigarse. Por lo tanto, quien trata de matar a otro a través de conjuros o rezos no puede ser castigado ya que

34 Así, ibídem, pág. 362 -82-.

35 Vid. Alcácer, *La tentativa inidónea*, págs. 17 y ss

36 Sostiene este criterio, Mir Puig, *DP*, pág. 363 -86-.

su conducta, objetivamente (vista *ex ante*), no representa peligro alguno para el bien jurídico[37].

Obviamente, el *iter criminis* debe analizarse "desde" la conducta "hacia" el resultado, tomando en cuenta la percepción del autor y aquello que un hombre medio hubiese previsto, de estar en la posición de aquel. Se trata de datos objetivos que califican el carácter peligroso, *ex ante*, de la conducta. Según esta primera forma de entender el tipo de tentativa inidónea, existiría un desvalor de acción aunque no un desvalor de resultado.

Desde mi punto de vista, la fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea en la peligrosidad *ex ante* de la conducta, se vincula con la función motivadora del Derecho penal. Si el Derecho penal, para proteger bienes jurídicos, debe amenazar con la aplicación de una pena (función de prevención general), entonces el criterio determinante para la imputación de un hecho a su autor debe considerar lo que este tuvo en cuenta, o debió tener en cuenta, al momento de la realización de la conducta punible. Solo hasta ese momento, el autor es motivable con relación al hecho concreto que ejecuta.

La otra forma de fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea, la desarrollé en mi tesis doctoral[38]. Según ella, todo delito requiere un desvalor de acción y un desvalor de resultado, por lo tanto implica tanto una lesión o peligro para el bien jurídico, como una infracción a la norma. Asimismo, la tentativa inidónea punible debería reunir ambas características. Ahora bien, ¿cómo se determina el desvalor de resultado en un tipo que, precisamente, pareciera no tener resultado entendido como lesión o peligro del bien jurídico protegido? Al respecto, sostuve que debe acudirse al criterio del peligro estadístico[39], conjuntamente con la distinción entre tentativa inidónea absoluta y relativa[40]. Así, el hecho ocurrido debe ser repetido hacia el futuro sabiendo lo que ocu-

37 Fundamenta también la punibilidad de la tentativa inidónea en la peligrosidad *ex ante*, Alcácer, *La tentativa inidónea*, págs. 220 y ss; igualmente págs. 357 y ss.

38 *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, págs. 233 y ss.

39 Además, esta forma de entender la tentativa inidónea le atribuye el carácter de peligro abstracto

40 Sobre la crítica a esta distinción, Alcácer, *La tentativa inidónea*, págs.136 y ss.

rrió, de tal forma que si, hipotéticamente, al modificar ligeramente las circunstancias (de tiempo, modo o lugar) se concluye que el resultado típico pudo haberse producido, estaríamos entonces ante una *tentativa inidónea relativa* (punible). En el ejemplo de los ladrones que entran a la joyería, al variar teóricamente las circunstancias de tiempo debemos afirmar que hubiese podido consumarse el delito, ya que momentos antes las joyas aún estaban en la bóveda. Ello determina que el hecho sea relevante, y por tanto que existe un desvalor de resultado en la tentativa inidónea punible. Adicionalmente, a los fines de analizar el desvalor de acción, debe precisarse, posteriormente, si la conducta era peligrosa desde un punto de vista *ex ante*, si una persona media situada en la misma posición que los asaltantes, creería que las joyas estaban en la caja fuerte[41].

Por su parte, la *tentativa inidónea absoluta* se caracteriza porque en ningún caso, ni variando levemente las circunstancias, hubiese podido producirse el resultado, por ejemplo, tratar de matar a alguien dándole un vaso de agua. La tentativa irreal sería una forma de tentativa inidónea absoluta, como el mencionado caso de quien pretende matar a otro mediante rezos o conjuros. Por más o menos intensos que sean los rezos, el delito nunca podría realizarse. En cambio, la tentativa inidónea relativa se distingue en que una *variación ligera* de las circunstancias (tiempo, espacio, objeto de ataque o del medio utilizado), hubiese conducido a la alta probabilidad de éxito de la conducta. Vgr., el caso de los asaltantes de la joyería, que de haber llegado un poco antes, habrían consumado el hurto. El objeto existe, y una ligera variación de las circunstancias hubiese podido perfeccionar el delito. Otro ejemplo: el autor intenta matar a alguien con una pequeña (inocua) dosis de veneno, lo cual también sería una tentativa inidónea relativa si al variarse levemente las circunstancias (aumentar la dosis), se hubiese podido consumar el hecho.

De tal manera que, en la tentativa inidónea relativa pudo darse la consumación de variar un poco las circunstancias. Por el contrario, en la tentativa inidónea absoluta la modificación de las circunstancias no

---

41 Según Alcácer, peligrosidad objetiva *ex ante* no es igual al llamado peligro estadístico (Ibídem, pág. 236).

hace posible la realización, porque, por ejemplo, no existe el objeto o el medio.

Actualmente considero que basta el análisis de la perspectiva *ex ante* para determinar la punibilidad de la tentativa inidónea, más que la relevancia de un posible resultado. El carácter peligroso *ex ante* de la conducta fundamenta su castigo. La variación hipotética de las circunstancias, para la configuración de un supuesto “desvalor de resultado”, aporta poco al análisis, salvo un discurso de justificación[42].

VI. Desistimiento voluntario

El artículo 81 CP se refiere al desistimiento de la tentativa, como un supuesto previsto aparte de la tentativa y de la frustración, al expresar que si “voluntariamente desiste el agente de continuar en la tentativa, solo incurre en pena cuando los actos ya realizados constituyan, de por sí, otro u otros delitos o faltas”[43].

1. Naturaleza jurídica

El artículo citado obliga a preguntar, ¿constituye el desistimiento una causa de exclusión del tipo (elemento negativo del tipo), o de la punibilidad? La respuesta resulta de interés porque el desistimiento supone que el hecho delictivo ya se inició, pero una circunstancia posterior al comienzo de la ejecución le excluye de ser punible (o atípico). Si afirmamos que el desistimiento, en el Derecho positivo venezolano, constituye una causa de exclusión de la pena, es decir, que el hecho es típico, antijurídico y culpable pero el autor no se castiga, ello acarrearía como consecuencia que los partícipes sí responderán en el caso de que

---

42 En contra del castigo general de la tentativa inidónea, y a favor de una restricción de su punibilidad (autónoma) a bienes jurídicos “especialmente significantes”, Bustos: <<Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema>>, pág. 321.

43 La jurisprudencia venezolana adopta una distinción bastante confusa y, en mi opinión, irrelevante, entre “tentativa abandonada” (desistimiento voluntario en los cuales los actos previos quedan igualmente impunes), “tentativa calificada” (desistimiento voluntario, cuando los actos previos constituyen delitos consumados) y “tentativa impedida”, correspondiente a la tentativa punible propiamente dicha, del artículo 80 CP (STSJ 592, Sala de Casación Penal, 13 de diciembre de 2002).

ellos no desistan de su participación. Por lo tanto, la referida causa de exclusión de la pena solo beneficiaría al autor, o al partícipe, que voluntariamente desista. Esta conclusión pudiera verse reforzada legalmente porque el CP dice que los hechos realizados hasta el momento del desistimiento, que sean delitos por sí mismos, no pierden su carácter punible y por lo tanto deben ser castigados. Ello podría explicarse precisamente porque el injusto ya se configuró, cuando el autor decide desistir.

No obstante, considero que el desistimiento se encuentra presente en la propia definición de los tipos de tentativa y de frustración, del CP. En efecto, como mencioné, la ley venezolana condiciona la punibilidad del delito imperfecto a que el mismo no llegue a consumarse "por causas independientes de la voluntad" del autor. Por argumento en contrario, si el hecho no se perfecciona por su propia voluntad no puede penarse, entonces, el comienzo de ejecución[44]. Interpretando esta frase sistemáticamente con el artículo 81 CP, debe concluirse que el desistimiento constituye un elemento negativo del tipo. La función del artículo 81 sería valorar positivamente el desistimiento, en el sentido de advertir que si la persona decide no continuar, o revertir el curso causal creado, será "perdonado" del intento del delito desistido[45]. El desistimiento podría explicarse aludiendo a la función motivadora de la norma, es decir, que aun comenzando la ejecución, la norma sigue cumpliendo su función de influir en el destinatario para que no lesione el bien jurídico. Ello solo se puede lograr justo hasta el momento previo a la consumación. Una vez consumado el delito, ya no tiene sentido la motivación concreta en relación al hecho.

Por otro lado, esta forma de interpretar el artículo 81, en concordancia con las propias definiciones de la tentativa y la frustración del artículo 80, conduce a aceptar que también es posible en la ley venezolana el llamado desistimiento de la frustración, aun cuando el artículo 81 solo haga referencia a la tentativa.

---

44 En tal sentido, afirma Bustos que no puede castigarse la frustración cuando el resultado no se produce por la voluntad del sujeto (*Manual*, pág. 425).

45 El artículo 388 COJM contiene una disposición menos problemática al referirse al "desistimiento del acto delictuoso".

2. Fundamento de la impunidad del desistimiento

La impunidad en el caso del desistimiento voluntario, se justifica porque la función determinativa de la norma aún está a tiempo de cumplir un rol en el autor del hecho. Como expliqué antes, la motivación concreta fracasa cuando el hecho se perfecciona, se consuma. Pero si aún el autor puede detener el comienzo de la ejecución, o revertir un curso causal que no ha llegado a su fin, debe posibilitarse la impunidad, precisamente porque la función motivadora de la norma, de hecho, puede lograr su propósito: evitar la lesión del bien jurídico.

3. Carácter voluntario del desistimiento

El CP en su artículo 81 condiciona la validez del desistimiento a que sea voluntario. Por lo tanto, ¿cuándo se considera voluntario el desistimiento? Al respecto, se han esgrimido, entre otras, las siguientes teorías: *a) Teoría psicológica de Frank*, según la cual existe desistimiento voluntario cuando el autor *puede* continuar la realización del hecho, pero no *quiere* hacerlo. Mientras que será involuntario cuando el autor *quiere* continuar pero no *puede* hacerlo[46]; *b)* Una segunda posición, digna de ser citada, es la expuesta por Roxin para quien el desistimiento es voluntario si contradice la racionalidad de un delincuente, si infringe "las reglas de la profesión criminal"; mientras que será involuntario, y por lo tanto punible, si el mismo se adecúa a esa racionalidad, a la lógica del delincuente[47]. Por ejemplo, si el delincuente al escuchar la sirena de la policía huye del lugar del robo sin poderlo continuar, ello sería un acto propio de la racionalidad de un delincuente. Un delincuente racional haría eso, por lo tanto estamos ante un desistimiento involuntario[48]. El criterio anterior supone que el delincuente tiene una racionalidad propia, distinta al resto de las personas, criterio difícil de

46 Al respecto, vid., Martínez Escamilla: *El desistimiento en Derecho penal*, págs. 6 y ss. Pareciera seguir una posición psicológica para definir el carácter voluntario del desistimiento, Bacigalupo: el desistimiento es voluntario si responde a una decisión propia del autor y no a circunstancias externas, aunque no se requiere un determinado valor ético altruista del motivo (*Principios*, pág. 349). Mir Puig hace énfasis en la necesidad de compatibilizar las teorías valorativas con el principio de legalidad (*DP*, págs. 367 y ss -106-).

47 <<Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada>>, págs. 253 y ss.

48 Ídem. A favor de esta concepción, Bustos, *Manual*, pág. 423.

precisar especialmente porque esa "racionalidad" del delincuente pudiera variar según el ámbito de actuación y del delito realizado. No coincidiría la racionalidad de un miembro de un grupo de delincuencia organizada, de un delincuente político, o la de un simple ladrón. No obstante, es importante en la tesis de Roxin la alusión a un componente de naturaleza valorativa para determinar el carácter voluntario del desistimiento; *c)* Una tercera posición, también valorativa, argumenta que habría desistimiento voluntario cuando se aprecia positivamente el motivo que llevó al sujeto a desistir, mientras que si la apreciación es negativa, el desistimiento no sería voluntario. Se afirma que si el autor desiste por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), o por un miedo general a la pena, debe ser valorado positivamente el desistimiento[49].

Al respecto, podría decirse que el CP solo exige que el desistimiento sea voluntario, sin aludir a la valoración positiva, jurídica, ni mucho menos ética, del motivo que tuvo el autor para desistir. No obstante, el intérprete puede considerar el término "voluntario" vinculándolo al motivo que condujo a la decisión de desistir. En tal sentido, debe examinarse si el desistimiento se vincula a la eficacia del mensaje normativo en el autor. Por lo tanto, será voluntario si constituye el resultado de una decisión del autor de acatar la norma, bien sea por miedo, o por cualquier otro motivo, es decir, el desistimiento obedece a la intimidación que produce la pena (prevención general negativa), o bien a una actitud interna de respeto jurídico al interés protegido (prevención general positiva). No sería voluntario el desistimiento cuando obedezca a razones de simple conveniencia, o a dificultades en la ejecución[50].

---

49 Muñoz Conde, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, págs.122 y ss; Muñoz Conde-García Arán, *DP*, 2010, págs. 424 y ss.

50 Así, en la STSJ 592 (Sala de Casación Penal, 13 de diciembre de 2002) se concluye que existe un desistimiento voluntario en el caso de un sujeto que iba a transportar drogas desde la isla de Aruba a Holanda, mediante el consumo de dediles de cocaína, y decidió devolverse a su ciudad de origen en Venezuela por miedo a realizar el viaje con la droga ingerida. El voto salvado de esta decisión considera que no hay desistimiento porque la persona no continuó la ejecución por el peligro que corría su vida, y "una vez descubierto no podía seguir su plan". Nótese que tanto la decisión como el voto salvado, valoran el motivo que tuvo el autor para desistir.

4. Desistimiento en la tentativa y en la frustración

¿Qué debe hacer el autor para el desistimiento válido en la tentativa, y en la frustración? En la tentativa, basta que el autor no continúe su actividad, deje de actuar. Por el contrario, en la frustración el autor tiene que hacer algo positivo para detener el curso causal que está en marcha, antes de que el hecho llegue a consumarse[51]. Si ya se consumó el hecho, y se repara el daño sucedido (vgr., el autor fractura intencionalmente el brazo a una persona, pero luego la lleva a un hospital para que le curen la lesión) solo habría un arrepentimiento, irrelevante para la configuración del injusto. Es esencial que el propio autor revierta el curso causal que puso en marcha y, además, tenga éxito en dicha conducta. Por ejemplo, si el delincuente coloca una bomba en el centro comercial, que estallará en una hora, pero veinte minutos antes la desactiva por temor a las consecuencias, habría un desistimiento válido[52]. Por el contrario, si el autor hace todo lo necesario para desactivar la bomba, sin éxito, y en la explosión muere un gran número de visitantes, estaríamos ante un hecho consumado.

Como la reversión del curso causal es un hecho propio, es decir, debe ser realizada por el propio autor de la conducta, solo puede alcanzarse en la medida en que mantenga el dominio sobre su hecho. Así, si el autor dispara contra la víctima y luego, arrepentido de su acción, la lleva a un hospital donde la intervienen quirúrgicamente de emergencia y le salvan la vida, estaríamos ante un simple arrepentimiento, a lo sumo relevante para una posible atenuación de la pena. Ese hecho posterior no tendría relevancia alguna para la configuración del injusto, ni del desistimiento, ya que la reversión del curso causal no fue ejecutada por el propio autor.

51 Mir Puig, *DP*, págs. 368 y ss -107 y ss-.

52 Ibídem, pág. 368 -108-.

CAPÍTULO VIII
TIPOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Bibliografía concreta citada

Bello Rengifo, Carlos: <<Delito inacabado y participación en el Derecho positivo venezolano. Ponencia presentada al XII Congreso internacional de Derecho comparado -Australia->>, en *RFCJP*, 1987, págs. 185 y ss; Bolea Bardón, Carolina: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Cerezo Mir, José: <<La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia penal española>>, en, del mismo autor, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, págs. 162 y ss; Colmenares Olívar; Ricardo: *Autoría y participación en el Derecho penal venezolano*, Alfa, Mérida (Venezuela), 1991; Díaz y García Conlledo, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991; Gimbernat Ordeig, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966; Gómez Benítez, José: <<El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)>> en, del mismo autor, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, págs. 113 y ss ; Jiménez de Asúa, Luis: *La Ley y el Delito*, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945; Modolell González, Juan: <<Informe Venezuela>>, en Ambos-Malarino (edits), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, MPI-KAS, Montevideo, 2003, págs. 535 y ss; el mismo: <<Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de cuestiones preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)>>, en Ambos-Hoyos (coord.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Universidad de Valladolid-Universidad de Göttingen-KAS, Granada, 2008, págs. 91 y ss; el mismo, <<Autoría y participación en el Código penal venezolano (análisis de los artículos 83 y 84)>>, en *RFCJP*, nº 131, 2008, págs. 333 y ss; Quintero Prieto, Jesús: <<El delito de intermediación financiera ilícita y la teoría del dominio del hecho>>, en, del mismo autor, *Los delitos bancarios*, Paredes editores, Caracas, 1997, págs.135 y ss; Roxin, Claus: *Autoría y dominio del hecho* -trad. de Cuello y Serrano-, Marcial Pons, Madrid, 2000; el mismo: <<Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión>> -trad. de

Castiñeira-, en *Sobre el estado actual de la teoría del delito -Seminario en la Universitat Pompeu Fabra-*, Silva Sánchez -ed.-, Madrid, 2000, págs. 155 y ss; el mismo: <<Acerca de la tentativa en el Derecho penal>> -trad. de Abanto-, en, del mismo autor, *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, págs. 389 y ss; el mismo: <<Dominio de la organización y resolución al hecho>> -trad. de Abanto-, en, del mismo autor, *La teoría del delito en la discusión actual…*, cit., págs. 511 y ss; Silva Sánchez, Jesús-María: <<La autoría delictiva en estructuras organizadas>>, en Silva Sánchez-Suárez González, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2001, págs.13 y ss.

I.- La autoría

Autor del hecho punible es "el quien anónimo" a que hace referencia la ley, el cual debe ser llenado de contenido. Con tal fin, la doctrina penal ha elaborado criterios para imputar el hecho como autor.

Según la *teoría objetivo-formal* es autor, únicamente, aquel que realiza la conducta descrita en el tipo penal por el verbo rector[1]. Por lo tanto, sería autor quien mata a la víctima[2]. De aplicarse estrictamente esta teoría, el ámbito de punibilidad se reduciría extremadamente, además la formulación es tautológica: realiza el verbo rector "matar" pues quien mata.

La *teoría subjetiva* recurre a la actitud interna para distinguir entre autor y partícipe[3]. Será autor quien, con *animus auctoris*, realiza y quiere el hecho como propio, mientras que el partícipe actúa con *animus socii* y realiza el hecho como si fuera ajeno[4]. Se afirma que esta teoría parte de la *equivalencia de las condiciones*, que no permite distinguir los aportes en el plano objetivo[5], de allí la necesidad de recurrir a un criterio subjetivo. Se puede criticar a esta teoría que el solo componente

1 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 54. Es autor quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico (Bacigalupo, *Principios*, pág. 356)

2 Sobre el desarrollo de esta teoría, sus partidarios y crítica, vid. Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 19 y ss:

3 La *teoría subjetiva* recurre al dolo del autor, o al interés independiente de quien actúe, (al respecto, vid. Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, págs. 71 y ss.).

4 Wessels-Beulke, *AT*, pág. 194 -515-; Bacigalupo, *Principios*, pág. 358; Bustos, *Manual*, pág. 433.

5 Jakobs, *AT*, pág. 608 -27-; *DP*, pág. 736 -27-; Bacigalupo, *Principios*, pág. 358.

interno no es suficiente para la distinción, ya que se puede actuar con ánimo de socio y sin embargo realizar una auténtica conducta de autoría, como el sujeto que mata a la víctima por encargo de otra persona.

Aparte de las anteriores, se han desarrollado teorías con un contenido material que recurren a criterios objetivos (*teoría material-objetiva)* para determinar la autoría, sin restringirse al simple verbo rector. En este grupo, la teoría más importante sin lugar a dudas es la del "dominio del hecho"[6], aunque ese término ha sido utilizado por la doctrina[7] tanto de manera naturalística como normativa[8]. En efecto, desde una visión naturalista, dice Welzel que en los delitos dolosos es autor quien "...mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"[9]. Y amplía el concepto afirmando: "Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio del hecho"[10]. El énfasis en el componente final para fundamentar la autoría, conduce a Welzel a basarla, en el tipo culposo, en la causación derivada de la infracción al deber de cuidado: "Todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo"[11]. De aquí concluye Welzel, que en el tipo culposo no existe diferencia entre la autoría y la participación. La causación del resultado mediante una acción que lesiona el cuidado debido, siempre es autoría[12].

---

6 Bacigalupo, *Principios*, pág. 360.

7 Sobre esto, vid. Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, págs. 545 y ss.

8 Jakobs, *AT*, pág. 612 -33-; *PG*, pág. 740. Este autor habla de una concepción "demasiado" naturalista o "demasiado" normativa.

9 *DP*, pág. 119.

10 Ibídem, pág. 120.

11 Ibídem, pág. 119.

12 Ídem.

Pero también, existen formas de entender normativamente el término "dominio del hecho". Como ejemplo se puede mencionar el "dominio funcional del hecho" de Roxin, para quien, resumidamente, el autor es la figura central del hecho, diferenciado del partícipe quien se encuentra al margen del suceso y se apoya en aquel[13]. Igualmente, se cita a Mir Puig, según el cual autor es el "protagonista del hecho", el sujeto a quien se le imputa el hecho como suyo[14].

La jurisprudencia del TSJ, de forma incidental, ha recurrido al concepto de "dominio del hecho" sin explicar qué entiende por el mismo[15].

Considero que el autor debe ser definido a partir de un concepto material-teleológico-objetivo, por lo tanto, al margen de un simple criterio formal, o de una caracterización exclusivamente subjetiva. Me refiero a una definición sustancial que combine parámetros valorativos con criterios de fondo, que permitan calificar a alguien de autor aunque materialmente no haya ejecutado el verbo rector del tipo. Así, el concepto no puede acudir exclusivamente al hecho de aportar una condición a la realización del hecho típico, como baremo de autoría. Además, la fórmula debe valorar el aporte de cada uno de los que intervienen en el delito, como pudiera ser su mayor o menor control sobre el hecho típico, o su mayor reproche.

El artículo 83 CP debe interpretarse a la luz de un concepto sustancial de autor, en virtud del cual sería la persona a quien se le puede imputar el hecho como suyo, el protagonista del delito. Criterios como los mencionados permitirían abarcar como formas de autoría, al *autor individual*, al *coautor* y al *autor mediato*.

Según el primer párrafo del artículo 83 CP, cuando "varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores y de los cooperadores inmediatos queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado". Considero que el término "perpetrador", al cual alude la norma del CP, equivale al autor. Sin embargo, la ambigüedad de las palabras utilizadas en el párrafo obliga a delimitar y definir las expresiones "ejecución del hecho", "cooperador

---

13 *Autoría y dominio del hecho*, págs. 44 y ss.

14 *DP*, pág. 382 -31-.

15 Al respecto, STSJ 151, del 24 de abril de 2003 (Sala de Casación Penal).

inmediato" y "hecho perpetrado", y así determinar quién es autor y cuáles son las modalidades de autoría incluidas en la ley. Para ello ensayaré tres posibles formas de interpretar el párrafo citado, seleccionando la más adecuada. Una primera partiría de entender la "concurrencia en la ejecución del hecho", a la cual alude el artículo, *desde un punto de vista espacio-temporal*, por lo tanto referida a las personas que toman parte efectivamente en la realización material del delito. Esta conclusión pudiera apoyarse, adicionalmente, en la referencia que hace el artículo, después del perpetrador, al "cooperador inmediato", es decir, a la persona que ayuda de manera inmediata a la ejecución. Consecuencia principal de esta interpretación sería admitir que el perpetrador (autor) necesariamente concurre a la ejecución material. Entonces, si el sujeto realiza su aporte delictivo antes de la misma o a distancia, sin concurrir al lugar de los acontecimientos, solo podría ser calificado como partícipe del hecho.

Según esta primera interpretación, el artículo 83 CP (y los que le siguen) se aplicarían solo cuando concurren varias personas a la ejecución material del hecho punible. Si una persona actúa sola, su condición de autor derivaría del propio tipo penal.

Una segunda interpretación se basaría en que el artículo 83 expresa que los perpetradores y cooperadores inmediatos quedarán sujetos a la pena "del hecho perpetrado". El legislador no utiliza la expresión "hecho ejecutado", sino "hecho perpetrado", por lo tanto pudiera concluirse que la ley distingue entre "ejecución" y "perpetración". Este último sería un concepto más amplio que aquel. La ejecución haría referencia a la realización material del hecho punible, mientras que la perpetración implicaría la configuración del tipo penal. Con el término "perpetrador" se aludiría a quien realiza el tipo penal en calidad de autor, de allí su distinción del cooperador inmediato. Por lo tanto, podrían existir perpetradores que, valga el juego de palabras, "perpetran hechos" sin concurrir a la ejecución material del mismo, de allí que el legislador no haya aludido al "hecho ejecutado". Estos serían los casos del autor mediato, y del coautor que no concurre en la ejecución material del hecho punible. Ambos perpetrarían el tipo penal, mas no dicha ejecución.

Una última interpretación del primer párrafo del artículo 83 CP sería que el legislador, al utilizar el término "ejecución del hecho pu-

nible", alude no a la realización material del hecho delictivo sino a la adecuación al tipo penal. Es decir, se refiere a la concurrencia de varias personas en la realización del tipo, sea material o idealmente, sea a título de autor o de partícipe. Por su parte, el término "perpetrador" significa realizar el tipo a título de autor. De allí que la ley haga referencia a la pena del "hecho perpetrado", es decir, a la pena prevista en cada tipo penal para el autor del mismo. Si los delitos concretos se refieren exclusivamente a la autoría, el artículo 83 lo que haría es ampliar el ámbito de punibilidad de esos tipos de autoría de la parte especial a otras formas de intervención en el delito[16]. Interpretado así, el término "perpetrador" implica un concepto exclusivamente valorativo, y será *quien realiza un tipo penal a título de autor,* y no solo quien "ejecuta" materialmente el hecho punible. Por lo tanto, pueden incluirse dentro de dicho término las distintas formas de autoría aceptadas por la doctrina penal.

Me inclino por esta última interpretación, que parte de una definición valorativa tanto de la expresión "ejecución del hecho punible" como del término "perpetrador", referidos ambos a la realización del tipo y no solo a su ejecución material. Ello permitiría incluir en el término "perpetrador" al autor individual, al coautor (concurra o no a la ejecución material del hecho), y el autor mediato. Cada uno de ellos realiza el tipo penal a título de autores, todos son "perpetradores"[17].

---

16 En este sentido, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 522.

17 Jiménez de Asúa, comentando la legislación venezolana, afirma: "Autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in specie*... Al autor se refiere el artículo 83 del Código Penal de Venezuela al hablar de los *perpetradores*" (*La Ley y el Delito*, -1945-, pág. 629). Aunque, de forma inexplicable, ubica dentro de los autores del CP venezolano, a los coautores, cooperadores inmediatos y al "auxiliador necesario" del último párrafo del art. 84 (Ibídem, pág. 628). En sentido similar, Arteaga Sánchez deriva el concepto de autor no del referido artículo 83 del Código Penal, sino de cada tipo concreto (*DP*, pág. 519). Sin embargo, admite que "...en el artículo 83 se utiliza la expresión *perpetradores* para indicar precisamente a los autores...De allí que podamos afirmar que, de acuerdo a nuestra legislación, es autor quien perpetra o realiza el hecho constitutivo de cada tipo delictivo" (Ibídem, págs. 519 y ss; en igual sentido, Rodríguez Morales, *Síntesis*, pág. 396). Obviamente, cada tipo penal es un tipo de autoría, sin embargo esta conclusión, desde mi punto de vista, se deriva de las alusiones que hace el artículo 83 al "perpetrador" y al "hecho perpetrado". Ello confirma que los tipos penales,

1.- Autor individual

Es autor individual, o de propia mano, quien ejecuta materialmente el hecho por sí solo. Cuando en el delito interviene una única persona, ella solo puede ser calificada como autora[18].

según la voluntad de la ley, son tipos de "perpetradores" (tipos de autoría). Por otra parte, resulta inadmisible definir al perpetrador del hecho como un "cooperador", tal y como lo hace Mendoza Troconis: "e) Perpetradores.- Son los que cooperan directamente en la actividad productora del resultado, por ejemplo, en el homicidio, los que ocasionan las heridas. Puede existir una "cooperación simple", como en el incendio, si varios individuos aplican fuego al mismo edificio en distintas partes, o en una "cooperación compleja", si diversos actos convergen al mismo resultado, como en un homicidio, si un sujeto derriba a la víctima, mientras el otro lo apuñalea" (*Curso*, tomo III, pág. 162). En estos ejemplos se demuestra una confusión entre los conceptos de perpetrador y cooperador. En última instancia, para Mendoza Troconis la categoría de "perpetrador" no es sinónimo de "autoría". Mayor confusión aún se aprecia en Chiossone, quien sostiene: "Nuestra legislación adoptó el sistema clásico, o sea, aquel que divide a los participantes en la perpetración de un hecho punible en dos situaciones: la de los autores, perpetradores inmediatos y autores psicológicos, y la de los cómplices, que a su vez comprende a los excitadores, auxiliadores y encubridores. El sistema predicho se desprende de modo inequívoco al penetrar en el criterio del artículo 83...En consecuencia, diremos que el legislador nacional reúne dentro del genérico término de autores a los *perpetradores*, a los *cooperadores inmediatos* y a los *autores psicológicos*" (*Manual*, págs. 193 y ss). Resulta falso afirmar que este sistema, inventado por Chiossone aunque parecido al de Jiménez de Asúa (*La Ley y el delito* -1945-, págs. 628 y ss), de "autores, perpetradores inmediatos y autores psicológicos, y la de los cómplices, que a su vez comprende a los excitadores, auxiliadores y encubridores", se deriva de modo "inequívoco" del referido artículo 83. Por el contrario, la interpretación de Chiossone hace más confuso este artículo, de por sí bastante ambiguo en el uso de los conceptos.

18 No obstante, en aquellos delitos que exigen la infracción de un deber especial en el autor (vgr. funcionarios públicos, jueces, determinados profesionales, etc.), solamente puede ser autor aquel que está obligado a cumplir el mismo. Los demás intervinientes a quienes le falte la referida condición, solo podrán ser partícipes. Al respecto, Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, págs. 385 y ss. Por otra parte, se afirma que en estos delitos especiales, el obligado es autor "independientemente de la posición en la que…actúe" (Bacigalupo, *Principios*, pág. 376).

2.- La Coautoría

Serán coautores quienes se reparten roles fundamentales del delito mediante una auténtica división del trabajo, pudiendo imputársele a cada uno como propio la totalidad del hecho[19]. La doctrina exige, para afirmar la coautoría, que cada coautor tenga la posibilidad de abortar la ejecución del delito de faltar su aporte. La ejecución material del hecho solo podría realizarse con la concurrencia de la conducta de cada coautor. Solo pueden realizar el plan actuando conjuntamente, "pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación"[20]. La doctrina utiliza la expresión "dominio del hecho funcional" para la coautoría en la cual "el dominio conjunto del individuo resulta...de su función en el marco del plan global"[21].

---

19 Como bien expresa Bacigalupo, la coautoría no depende dogmáticamente de un reconocimiento legal expreso ya que está implícita en la noción de autor, al igual que la autoría mediata (Ibídem, pág. 365). En la doctrina venezolana, afirma Arteaga Sánchez que el coautor "...es un autor, un perpetrador que realiza el hecho conjuntamente con otro u otros autores. No se trata pues de un partícipe y por lo tanto no se aplican los principios a que hacemos referencia al tratar de la participación" (*DP*, pág. 522). Como puede apreciarse, incluye Arteaga al coautor dentro del término "perpetrador". En esta definición, en principio correcta, no se explica qué significa "realizar el hecho conjuntamente con otro u otros autores", cuestión esencial ya que, como dije, el propio artículo 83 alude al "cooperador inmediato" que concurre a la ejecución del hecho y, por lo tanto, de quien pudiera afirmarse a primera vista que "realiza el hecho conjuntamente" con los autores.

20 Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 309. En general, a favor de la concepción de Roxin sobre la coautoría, por todos, Bacigalupo, *Principios*, pág. 366; igualmente, Cerezo: <<La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia penal española>>, pág. 177; Gómez Benítez, *Teoría*, págs. 129 y ss; del mismo, <<El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)>>, págs. 119 y ss; Mir Puig, *DP*, pág. 403 -13-.

21 Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 310. Aunque este autor deja claro que el criterio determinante de la coautoría es que "ambos sólo puedan obrar conjuntamente" (Ibídem, pág. 311), no descarta el papel que juega el acuerdo, o plan común, en la coautoría: "El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría...(como) los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente

Fundamentar el carácter esencial del aporte del coautor en su aptitud de abortar la ejecución material del hecho, aisladamente considerada, resulta bastante discutible ya que un partícipe que actúe en la preparación del hecho delictivo igualmente podría abortar la ejecución del delito. Piénsese en el caso del chofer del gánster homicida que, a sabiendas de la intención delictiva de su patrón, se limita a conducir el vehículo al lugar del futuro crimen, desviándose de la ruta o chocando por el camino, incidentes que impiden la ejecución del homicidio planificado. El chofer pudo abortar el hecho, aunque de haber logrado su objetivo (llevar al homicida al lugar de los acontecimientos), no pudiera atribuírsele el carácter de coautor del homicidio. En suma, la falta del aporte de un partícipe que actúa en la etapa preparatoria, pudiera acarrear la inejecución del delito[22]. Sin embargo, para responder esta posible objeción debe recordarse uno de los puntos de partida de la coautoría, basada en el dominio funcional, de Roxin: el aporte esencial del coautor del delito, su co-dominio del hecho, se refiere directamente a la ejecución material del delito[23]. Para Roxin, refiriéndose al llamado "jefe de la banda", la realización de un acto preparatorio, o la sola planificación de los hechos, no hace coautor a quien interviene de esa forma si, además, no dirige o cubre la ejecución de los delitos (aunque sea de lejos)[24].

---

ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva" (Ibídem, pág. 316).

22 En contra del fundamento de la esencialidad del aporte de Roxin, Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, págs. 669 y ss; igualmente, contra el criterio de Roxin relativo a la capacidad de "desbaratar el plan total" para definir al coautor, Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 147 y ss.

23 *Autoría y dominio del hecho*, págs. 310 y ss. Pudiera pensarse que la STSJ 479, del 26 de julio de 2005 (Sala de Casación Penal), adopta implícitamente este criterio cuando afirma que los coautores "realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho...Vale decir cuando varios sujetos participan de manera directa en un hecho punible". La alusión a la participación "directa" podría interpretarse como concurrencia en la ejecución material del hecho.

24 *Autoría y dominio del hecho*, pág. 330: "…desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, el cabecilla de una banda de ladrones o el jefe de unos gánsteres no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución". A favor de que el coautor deba concurrir a

La capacidad de frustración exigida por Roxin para describir la coautoría, si se es coherente con su pensamiento, solo puede referirse a la directa ejecución material del delito. Únicamente en esta etapa se determina si el aporte de quien interviene tuvo la aptitud de impedirlo[25].

Considero que el coautor no tiene que concurrir a la ejecución material del delito[26]. Existirá un supuesto de coautoría en quien planifica detalladamente la ejecución del delito, pero no concurre a la misma, aunque la ejecución material dependa de la pericia concreta del resto de coautores, ejecutores materiales. La planificación total del hecho responde a la división del trabajo, al reparto de las funciones necesarias para el éxito del plan delictivo. Por lo tanto, esa repartición de funciones aunada a la importancia del aporte realizado, determinan la imputación de todo el hecho al planificador que no controla la ejecución material del delito. Se imputa el hecho "como propio" al "autor

---

la ejecución, por todos, Köhler (*AT*, pág. 518). En contra de este criterio para fundamentar la coautoría, nuevamente, Gimbernat, *Autor y cómplice…*, págs. 149 y ss; también, Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, págs. 672 y ss. Sobre la referencia a los autores que apoyan el criterio de Roxin, y quienes le adversan, ibídem, pág. 673, nota 444.

25 Roxin habla de "división del trabajo en la fase ejecutiva" (*Autoría y dominio del hecho*, págs. 325 y ss). También expresa, "...quien prepara, incluso si realiza una aportación insustituible, suelta de su mano el hecho y no puede entonces co-dominarlo, en tanto que entrega a otros la ejecución. Un codominio de la realización del tipo solo es posible mediante una división del trabajo en el estadio de la ejecución" (<<Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión>>, págs. 172 y ss.). Y añade: "Fuera de los casos de autoría mediata… no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí. También es disparatado elevar de rango y considerar autoría el influjo del hombre de atrás, cuando no resulta suficiente para la autoría mediata, pasando por encima de la coautoría..." (Ibídem, pág. 175). Es evidente que el dominio del hecho, según Roxin, se refiere a un *dominio fáctico* de la ejecución, cuestión contradictoria con una *imputación* del hecho como *propio*, la cual solo puede ser de contenido normativo.

26 Así, Welzel, *DP*, págs. 132 y ss; Stratenwerth, *DP*, pág. 251 -826-; Stratenwerth-Kuhlen, *AT*, págs. 290 y ss -93 y ss-; Jakobs, *DP*, págs. 745 y ss -40-; *AT*, pág. 616 -40-; Maurach-Gössel-Zipf, *AT*, tomo II, págs. 293 y ss. -29 y 30; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 680; Baumann-Weber-Mitsch, *AT*, págs. 689 y ss -83 y ss; Gropp, *AT*, pág. 372 -84-; Haft, *AT*, pág. 207; Kühl, *AT*, pág. 787 -110-; Wessels-Beulke, *AT*, pág. 199 -529-; implícitamente, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 437.

intelectual" aunque no tenga un dominio *fáctico* de los hechos, en el sentido de Roxin. La autoría constituye un vínculo esencialmente normativo[27]. Limitar el dominio del hecho del coautor a su intervención en la ejecución material, reducirlo a un "dominio fáctico" de la fase ejecutiva del delito, implica volver a concepciones naturalistas que resultan contradictorias con la atribución del hecho al autor como suyo, con su consideración como "figura central del delito", "protagonista del hecho", calificaciones de naturaleza normativo-valorativas[28].

Paradójicamente, pudiera afirmarse que la eficacia del "dominio del hecho" se demuestra, precisamente, por su mayor capacidad de actuación a distancia de la ejecución material del hecho punible, característica que se aprecia evidentemente en la construcción de Roxin del dominio de voluntad mediante aparatos organizados de poder, que explicaré más adelante. Por lo tanto, no es necesario que el coautor controle *directamente* la ejecución del delito para que este se lleve a cabo "según el plan".

Así, la banda que decide asaltar un banco, bajo las instrucciones previas del jefe que espera en el escondite el resultado del robo, se asemeja a una pequeña empresa creada por un comerciante, patrono de unos pocos trabajadores, que planifica detalladamente el modo de producción (vgr., mediante una serie de instrucciones escritas para fabricar muebles), pero que deja en manos de sus obreros la ejecución de la producción. En este caso, sería muy difícil negar que el patrono no sea "coproductor" (coautor) de los bienes creados en "su" pequeña fábrica, mediante el proceso inventado por él, aún cuando dicho patrono se tome unos días de vacaciones, o no pueda concurrir a la factoría durante un tiempo por estar enfermo. El jefe de la banda de asaltantes es necesariamente coautor de los hechos delictivos ejecutados según el plan previamente creado por él, aun cuando ese "patrón" no concurra, ni controle, la propia ejecución material del hecho punible. No cabe hablar, en este caso, de una "degradación de la coautoría". Más aún, precisamente es la posición de Roxin la que degrada un verdadero au-

27 Mir Puig, *DP*, pág. 382 -31-.

28 Ídem. Igualmente, Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, págs. 129 y ss.

tor ("el jefe de la banda") a partícipe del hecho, lo reduce a un simple "papel de reparto"[29].

Por otra parte, hay ámbitos penalmente relevantes donde la planificación, la preparación del delito, es tan importante que la ejecución depende totalmente de aquella, casos en los cuales quien planifica debe ser coautor del hecho aunque no controle fácticamente la ejecución material del delito. Por ejemplo, el caso de puesta en circulación de productos defectuosos, donde el proceso de preparación del mismo es tan importante como dicha circulación[30]. El científico de la empresa que inventa un desmanchador de ropa, a sabiendas del alto riesgo que su uso puede acarrear a la salud de los usuarios, no puede ser un simple partícipe de las lesiones causadas por la puesta en circulación de ese producto, aunque él no se encargue ni controle "de lejos" la ejecución material. Concluir que ese científico es un simple partícipe, por no concurrir a la ejecución material, resulta difícilmente sostenible. Su aporte no puede ser calificado de "accesorio" a la actividad de los ejecutores.

Problema adicional sería determinar si la persona que interviene al principio como partícipe puede, por un acto posterior, pasar a ser coautor del hecho[31]. Así, el sujeto que suministra previamente a los asaltantes del banco un plano de este, pero a quien contactan el día del

29 Sin embargo, no se puede negar la coherencia de Roxin al vincular dicha capacidad de frustración con la ejecución material del crimen, por lo tanto, el aporte de un sujeto que no concurra a dicha ejecución, aunque sea muy importante, no puede determinar que se le califique de coautor. El control fáctico de la ejecución material es la carta que utiliza hábilmente Roxin para distinguir al coautor del colaborador que realiza un aporte fundamental al delito, sin controlar materialmente la ejecución.

30 Al respecto vid. Otto, *Grundkurs*, págs. 300 y ss -61-.

31 Es indudable que alguien puede sumarse a la ejecución material del hecho, una vez iniciada la misma: "A y B penetran con violencia en una tienda, donde se apoderan de mercancías que llevan a casa de C; éste enterado del hecho ya realizado por A y B, concurre con ellos al local y se apoderan juntos del resto de la mercadería" (Bacigalupo, *Principios*, pág. 367). En este caso C sería coautor del delito ejecutado: "La coautoría sucesiva es posible sólo hasta la consumación del plan delictivo... La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación…" (Ídem).

robo para que dirija telefónicamente el acceso a las instalaciones y a la bóveda del banco. O el sujeto que vigila en la puerta de la habitación, mientras adentro otros golpean a la víctima, pero que antes de huir aprovecha la oportunidad y también la golpea. En estos casos, quien era cómplice pasa a ser coautor o, al menos, cooperador inmediato del delito. Incluso, pudiera pensarse en el concurso entre una complicidad simple y la coautoría.

3.- Autoría mediata

A. Concepto

Es autor mediato quien realiza el tipo penal a través de otra persona que sirve como instrumento, que en principio no respondería penalmente por faltar en ella algún elemento del delito (acción, tipicidad, antijuricidad o culpabilidad). Por tal motivo, el hecho se imputa al llamado "hombre de atrás"[32].

---

32 La doctrina penal venezolana no acepta de forma clara la inclusión de la autoría mediata en la legislación venezolana. El propio Arteaga Sánchez considera innecesaria tal categoría ya que "...en la mayoría de los ejemplos en que aprecian algunos autores tal figura, sencillamente puede afirmarse, atendiendo a los correspondientes tipos, que se trata del autor en sentido estricto, que realiza el hecho constitutivo del tipo delictivo, como expresamente, por lo demás se señala en algunos tipos legales como en la corrupción de funcionarios; y en otros supuestos, simplemente se resuelve el caso por la vía de la instigación..." (*DP*, pág. 521). Tal afirmación es errada, ya que el autor mediato no es un "autor en sentido estricto" si por este se entiende el "autor directo" o el "autor por propia mano". Además, la instigación no es una figura que pueda explicar la autoría mediata, sobre todo porque el instigador es un partícipe y, además, porque el instigado responde penalmente, cuestión que, en principio, no sucede con el instrumento en la autoría mediata. Por su parte, considera Rodríguez Morales que dentro del término "perpetrador" del artículo 83 cabría también incluir al autor mediato, y al coautor (*Síntesis*, pág. 396). Bello Rengifo sostiene que la autoría mediata se incluye expresamente por primera vez en la legislación penal venezolana, en la Ley orgánica de sustancias estupefacientes y psicotrópicas de 1984, al prever como punible la conducta de suministrar dichas sustancias a inimputables, o la utilización de éstos para la realización de los delitos de tráfico, suministro, fabricación, elaboración, etc., de las referidas sustancias (<<Delito inacabado y participación en el Derecho positivo venezolano>>, págs. 204 y ss). La jurisprudencia ha reconocido implícitamente como clases de autoría distintas al autor individual, en los llamados delitos especiales, al

B. Supuestos[33]

-Autoría mediata cuando el autor realiza el hecho mediante alguien que interviene sin conducta: X empuja a un niño que observa, al borde de la piscina, como unas personas se bañan, yendo a parar sobre uno de los bañistas ocasionándole una lesión[34]. En esta caso, X sería el autor mediato del delito de lesiones, siendo el niño un simple instrumento que opera sin conducta por ser objeto de una vis física absoluta. Para algunos autores, este ejemplo constituye un caso de autoría directa precisamente por la falta absoluta de voluntad en el supuesto instrumento, de allí que no debería ser planteado como un supuesto de autoría mediata[35].

-Un segundo supuesto de autoría mediata se realiza cuando falta en el instrumento el aspecto objetivo del tipo. Por ejemplo, el autor mediato instrumentaliza a la propia víctima para que se auto inflija un daño. Es gráfico el caso Sirio tratado por la doctrina alemana:

> "El acusado había hecho creer a una joven que él era originario de la estrella Sirio y podría ayudarla a llegar a una vida nueva y sublime si se separaba de su viejo cuerpo. Debía introducirse en una bañera y dejar caer un secador conectado. En un espacio rojo, junto al lago de Ginebra, la estaba esperando un cuerpo nuevo, en el que despertaría tras su aparente muerte accidental. De todos modos, en su nueva vida necesitaría dinero, por lo que debería contratar un seguro de vida para caso de muerte accidental por valor de 500.000 marcos, designándole como beneficiario a él. Tras cobrarla, él le llevaría el capital a Ginebra...La joven se lo creyó todo. En efecto, dejó caer el secador al agua con la esperanza de despertar inmediatamente en un nuevo cuerpo, sin pasársele por la cabeza la idea de un "suicidio en sentido genuino" mediante el que "se acabara su vida para siempre". Es más, rechazaba la idea del suicidio por creer que el ser humano no tiene derecho a quitarse la vida...El plan urdido por el acusado fracasó al final porque el secador no funcionaba como era debido. El acusado llamó por teléfono a casa de la joven y quedó sorprendido de que aún viviera. Entonces, en el curso de unas diez conver-

---

coautor y al *autor mediato* (STSJ 571 del 10 de diciembre de 2002 -Sala de Casación Penal-).

33 Vid. Jescheck-Weigend, *AT*, págs. 665 y ss; Mir Puig, *DP*, págs. 389 y ss -55 y ss-.

34 Ibídem, pág. 389 -56-.

35 Así, Bacigalupo, *Principios*, pág. 369.

saciones telefónicas le fue dando instrucciones para continuar sus esfuerzos por suicidarse, hasta dejarlo por imposible"[36].

En este caso, la conducta de la víctima de intentar acabar con su vida es totalmente atípica y, en la legislación venezolana, un ejemplo semejante no podría tratarse como instigación al suicidio (art. 412 CP), ya que el acusado no se limita a crear la idea del suicidio en la mujer, sino que instrumentaliza su conducta valiéndose de su inmadurez. El acusado sería autor mediato del homicidio, en caso de consumarse. O, en el ejemplo, autor mediato del homicidio frustrado.

-Siguiente hipótesis de autoría mediata sería la *falta de dolo en el sujeto instrumentalizado*. A le pide a su mejor amigo B que, aprovechando su viaje a Miami, entregue a C en esa ciudad un sobre que le dará. B, confiándose de su amistad, acepta el encargo sin revisar el contenido del sobre. En el aeropuerto es detenido porque en un doble fondo del sobre había cocaína. B por su desconocimiento carece de dolo, a pesar de que objetivamente transporta la cocaína. Por lo tanto, B no respondería, aunque sí A como autor mediato del hecho. Otro ejemplo: "Un médico entrega con voluntad homicida a una enfermera una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un enfermo. Ella la inyecta sin barruntar su efecto y el paciente muere. El médico es autor doloso…la enfermera, según si ella, al emplear el cuidado requerido, hubiera podido reconocer o no el exceso de la dosis, autora culposa o absolutamente inculpable"[37]. En el supuesto de falta de dolo del instrumento, este no necesariamente quedará impune: puede concurrir en él un tipo culposo. Por otro lado, es indiferente que el autor mediato se valga de la ignorancia preexistente en el instrumento, o sea quien le haga incurrir en error.

Diferente sería cuando en el instrumento *falta un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo*. Así, el patrón ordena a uno de sus trabajadores traer las gallinas del corral del vecino, ignorando el subordinado que aquel pretende apropiárselas[38]. Aunque el trabajador conoce el carácter

---

36 *Roxin*, Autoría y dominio del hecho, págs. 629 y ss.

37 Welzel, *DP*, pág. 122.

38 Mir Puig, DP, pág. 391 -66-.

ajeno del objeto, falta su ánimo de apropiación, de allí que no realice el tipo de hurto[39].

-Otro supuesto sería el del *sujeto que actúa bajo una causa de justificación*. Por ejemplo, el gobierno decide perjudicar a un periodista crítico para lo cual contacta a un juez y a un fiscal, e "inventan" una causa penal contra aquel. Según lo planeado, el fiscal forja una serie de pruebas que involucrarán al periodista en delitos de drogas, y solicita al juez una orden de detención, quien la emite. El mandato se le asigna a un policía para su ejecución, funcionario que desconoce la existencia del plan delictivo. El policía logra detener al periodista. En este caso, el policía sería un simple instrumento en manos de los otros funcionarios, auténticos autores mediatos de la privación ilegítima de libertad. El agente actuaría amparado por la obediencia legítima y debida (art. 65, numeral 2 CP)[40].

-Igualmente, se configuraría la autoría mediata cuando el hombre de atrás se aprovecha de la *ausencia de culpabilidad del instrumento*. Así, el enfermero que lleva de paseo al esquizofrénico recluido en el sanatorio, y en el parque lo azuza para que lance piedras en contra de las personas que se encuentran allí convenciéndole que se trata de los imaginarios enemigos a quienes teme. El enfermero sería autor mediato de las lesiones producidas por el inimputable. O, por ejemplo, el ladrón que ordena a su hijo de seis años que entre en la casa del vecino, aprovechando que está abierta, le lleve el fajo de billetes que se encuentra sobre la mesa del comedor. El niño lo hace, a sabiendas que el dinero no es de su padre. El hijo no sería responsable del hecho por ausencia de imputabilidad, mientras que el padre es autor mediato del hurto.

De igual manera, habrá autoría mediata por ausencia de culpabilidad si se hace incurrir a alguien en un *error de prohibición*: A convence a un indígena, no integrado a la sociedad de aquel, para que tome el libro de B y se lo entregue. Para ello, le convence de que en la sociedad de A tal práctica es admitida. El indígena acepta la falsa explicación, sustrae el libro de B y se lo entrega a A. El indígena actúa con dolo, ya que conoce la ajenidad del libro y quiere sustraerlo. Incluso, se trata de

---

39 Ídem.

40 Ejemplo de Mir Puig, *DP*, pág. 392 -68 y ss-.

un hecho injusto a tal punto que el dueño del bien podría defenderlo, y evitar su sustracción. Pero es claro que dicho indígena actúa bajo un error de prohibición, al faltarle el conocimiento de la antijuridicidad del hecho (error de prohibición). Se excluiría la culpabilidad si el error es invencible, mientras que A respondería como autor mediato del hurto.

C. Comienzo de ejecución en la autoría mediata

Ya que el autor mediato se vale de otro sujeto para ejecutar el delito, surge la pregunta sobre el momento en que comienza la conducta punible. Por ejemplo, A quiere matar a B y vierte el veneno en la sopa que el mesonero le servirá en media hora cuando la misma se enfríe, tal y como desea B. El médico quiere matar al paciente, y para ello entrega una inyección con veneno a la enfermera, quien desconoce esta circunstancia, para que la aplique[41]. ¿Cuándo comenzaría la tentativa, en supuestos como los mencionados? Según la *teoría de la diferenciación*, hay comienzo de la tentativa cuando el autor mediato "ha dado rienda suelta a los acontecimientos y el destino sigue en adelante su propio curso que ya no depende de aquel"[42]. En el ejemplo del médico, habría comienzo de la tentativa cuando el médico envía a la enfermera a inyectar al enfermo, con la dosis mortal[43]. En cambio, si el autor mediato mantiene el control sobre los acontecimientos, no habría comienzo de ejecución: "pero si el médico primero ha colocado la inyección en su oficina para que horas más tarde la recoja la enfermera, debe admitirse hasta entonces una preparación. Y es que él tiene todavía bajo control los acontecimientos y puede hacer desaparecer la inyección en cualquier momento"[44]. En este caso, recurre Roxin al criterio del control fáctico de la ejecución pero ya no solamente para calificar a alguien de autor, sino para determinar el comienzo de ejecución. No obstante, pudiera objetársele a Roxin que el hecho de que la enfermera se dirija a aplicar la inyección, desconociendo el contenido nocivo, no implica que el médico haya perdido el control del hecho. En efecto, el médico aún pudiera advertirle a la enfermera del contenido u ordenarle que no la aplique, evitando así la muerte del paciente.

41 Roxin, <<Acerca de la tentativa en el Derecho penal>>, pág. 407.

42 Ibídem, pág. 408.

43 Ídem.

44 Ídem.

Criticando la solución de Roxin, sostiene Mir Puig que en la autoría mediata la tentativa comienza cuando la persona realiza las acciones que incidirán definitivamente en el instrumento[45]. Desde mi punto de vista, y aludiendo a los requisitos explicados anteriormente para determinar el comienzo de ejecución en la tentativa (supra capítulo VII), en el supuesto de la autoría mediata el hecho comienza cuando, *según el plan del autor mediato, existe una relación de inmediatez con el bien jurídico.* Y, obviamente, no hay inmediatez mientras la conducta del instrumento no se haya iniciado, aunque el solo hecho de que el instrumento realice parte de su actividad no implica que efectivamente exista dicha relación de inmediatez. Si el médico ordena a la enfermera aplicar al día siguiente la inyección mortal, que él ya ha preparado, no habría comienzo de ejecución si a las dos horas la policía aborta el plan. Ese acto no representa sino un acto preparatorio ya que es esencial la inmediatez temporal con el bien jurídico. En este caso, la tentativa comienza cuando la conducta de la enfermera se coloca en una relación inmediata con el bien jurídico, sin solución de continuidad.

D. Autoría mediata y tipos especiales

Puede ocurrir que una persona sin la cualidad exigida por el tipo, instrumentalice al sujeto en el cual sí concurre el elemento especial requerido por la ley. Así, el abogado asesor del funcionario público quien, para perjudicar a un tercero, convence a su asesorado de que en determinados supuestos se pueden cobrar dádivas no establecidas legalmente para ser destinadas a causas sociales, por tratarse de una causa supralegal de justificación. Si el funcionario cae en el engaño y pide el pago de dicha dádiva indebida al tercero enemigo del abogado, se configuraría el tipo de concusión (art. 60 LAC)[46]. En este supuesto, el abogado no podría ser autor mediato del delito mencionado ya que

---

45 *DP*, pág. 393 -74-.

46 "El funcionario público que abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que dé o prometa, para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebida, será penado con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor de la cosa dada o prometida".

no tiene la cualidad de funcionario público, aunque su conducta corresponda perfectamente a la de un autor mediato[47].

E. Autoría mediata en estructuras organizadas de poder

Un sector de la doctrina acepta el caso de autoría mediata cuando el hecho se ejecuta a través de una estructura organizada de poder, (*autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder* o *dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas*): "Se alude así a los supuestos…que se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor..."[48]. Por ejemplo, el grupo de dirigentes gubernamentales del régimen que tiene como filosofía la persecución de los opositores al mismo, pudieran ser responsables de las torturas, muertes, etc., que ejecutan los funcionarios del Estado cumpliendo esa política, como ocurrió en los casos de asesinatos en campos de concentración durante el régimen nazi, o de las muertes ocasionadas por disparos de vigilantes a personas que huían de Berlín oriental a través del muro, durante la guerra fría.

En este supuesto, se da la particularidad de que el sujeto instrumentalizado que ejecuta la acción y que forma parte de la estructura, también responderá penalmente, circunstancia que se justifica por la propia naturaleza del fenómeno de la organización de poder: "…crímenes de guerra de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuanta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global"[49].

---

47 La jurisprudencia del TSJ ha reconocido que en el caso de los delitos especiales, la intervención del *extraneus* mediante actos propios de la autoría solo puede ser calificada de participación. Así, STSJ 571 del 10 de diciembre de 2002 (Sala de Casación Penal); de la misma Sala, STSJ 479 del 26 de julio de 2005.

48 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 270.

49 Ídem. Críticos de esta construcción, por todos, Jakobs, *AT*, pág. 649 -103-; *DP*, págs. 783 y ss -103-; Silva Sánchez, <<La autoría delictiva en estructuras

Para que se aplique dicha figura, el dominio del autor mediato debe darse *sobre la organización delictiva* y no sobre los sujetos concretos que ejecutan el plan común. Ellos solo serán piezas del engranaje, de la "máquina delictiva". Determinante para dicho dominio sería: a) el poder de la organización frente al Estado ("Estado dentro del Estado"); b) que los miembros no obren por cuenta propia sino como órganos de una directiva que reconocen; c) que la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de atrás se realice independientemente de la persona de su ejecutor (entre la voluntad de dicho sujeto y el éxito del crimen no se interpone la voluntad determinante de un individuo -fungibilidad del instrumento-)[50]; y, d) que exista una disponibilidad específica del ejecutor hacia el hecho (el ejecutor está sometido a una serie de influjos de la organización que determinan su disposición al hecho en mayor medida que un delincuente potencial, influjo que incrementa el éxito de la orden y contribuyen al dominio del hombre de atrás)[51]. En todo caso, estamos ante un caso de autoría mediata, a través de un instrumento que actúa responsablemente[52].

Esta forma de autoría mediata no puede confundirse con la coautoría. En efecto, la unión de delincuentes para cometer delitos en común, bajo el mando de uno de ellos, no constituye todavía un aparato organizado de poder "pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales ca-

---

organizadas>>, pág. 44. En Venezuela pareciera pronunciarse a favor de la solución de considerar como autoría mediata los actos de los superiores jerárquicos en aparatos de poder, Rodríguez Morales (*Síntesis*, pág. 397).

50 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 278.

51 Roxin, <<Dominio de la organización y resolución al hecho>>, pág. 530.

52 "…no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es la mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer" (Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, págs. 272 y ss).

sos esta forma específica del dominio de la voluntad"[53]. Dicho gráficamente, el aparato organizado de poder se asemeja a una gran empresa, a una transnacional donde sus empleados no tienen contacto personal alguno con sus directivos. Por su parte, la coautoría opera como una "pequeña empresa" en la cual existe una relación directa entre los miembros de la banda y el cabecilla, que suministra a aquellos su plan y órdenes, pero que, a su vez, hace depender el éxito de la operación de la concreta intervención de los ejecutores materiales. Se trata de una relación de mandato entre varias personas que requieren contactos directos entre sí, cuestión que no ocurre en el aparato organizado de poder. La coautoría en modo alguno configura una "máquina" que opera autónomamente, al margen de la voluntad concreta de los miembros de menor jerarquía.

El control del autor mediato en la estructura organiza de poder recae sobre la propia estructura, de la cual el ejecutor material es una simple pieza. Incluso, mientras más alejado de la ejecución material del hecho se encuentre el sujeto, pero con *mayor control sobre el aparato de poder* y no sobre personas concretas, pudiera hablarse de autoría mediata. En cambio, mientras más cercana sea la relación con el ejecutor material, mientras más dependa la relación entre el "hombre de atrás" y el ejecutor de las instrucciones *concretas* dadas, estaremos más próximos a la figura de la coautoría[54]. Y la diferencia es importante: el eslabón intermedio de una empresa criminal, que imparte directamente las órdenes e instrucciones al ejecutor material, sería coautor del hecho, por lo tanto el principio de imputación recíproca de los actos entre los coautores se regiría por el llamado acuerdo previo. Este sería el límite de su responsabilidad[55]. Sin embargo, esta frontera se flexibilizaría con relación al superior de la estructura organizada de poder. Su inexistente contacto con la "pieza" que ejecuta materialmente el hecho, lo hace responsable, sobre todo, por su control del aparato más que por la

---

53 Ibídem, pág. 278.

54 Modolell, << Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (Confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)>>, págs. 108 y ss.

55 Ibídem, pág. 109.

propia ejecución concreta (aunque, obviamente, esta será esencial para su responsabilidad)[56].

En suma, en la medida en que la organización jerárquica se flexibilice nos acercamos más a la figura de la coautoría para fundamentar la responsabilidad penal de los diversos intervinientes. En cambio, si la estructura es más sofisticada, y los intercambios entre los jerarcas que la controlan y los ejecutores materiales tienden a ser anónimos, estaremos en presencia de la autoría mediata de los primeros.

II.- Participación criminal

Partícipe es todo aquel que no es autor, por lo tanto, toma parte en el hecho sin que se le pueda imputar el hecho como propio o sin tener el dominio del mismo. El tipo de participación es un tipo subordinado al de autoría, regido por el *principio de accesoriedad (limitada)*. Es necesaria la existencia de un injusto principal de autoría, para que el partícipe responda penalmente[57]. En tal sentido, basta que el hecho principal constituya una conducta típica, no amparada por una causa de justificación, sin necesidad de que el autor sea culpable[58]. Así, el adulto que ayuda al adolescente a cometer un delito respondería como partícipe del hecho, aunque la culpabilidad del adolescente esté en entredicho.

En Venezuela, el CP distingue las siguientes formas de participación (Arts. 83 y 84): cooperador inmediato, inductor, cómplice simple y cómplice necesario. Paso a explicar cada uno de ellas.

1. Cooperador Inmediato

A esta forma de intervención en el delito se refiere directamente el artículo 83 CP, después de mencionar al perpetrador. En la doctrina penal venezolana podemos distinguir dos formas de entenderlo. Un sector considera al cooperador inmediato como un partícipe del hecho, no como autor, sin establecer una línea clara que permita distinguir un acto de autoría de uno de cooperación inmediata, salvo la referencia a que dicho cooperador no realiza "actos típicos esenciales

---

56 Ídem.

57 Bustos, *Manual*, pág. 443; Bacigalupo, *Principios*, pág. 378.

58 Mir Puig, *DP*, págs. 408 y ss -34-.

constitutivos”[59]. Otro sector doctrinal concibe al cooperador inmediato como un coautor[60].

Considero que el cooperador inmediato en modo alguno es un coautor, ya que esta figura se encuentra incluida en el término “perpetrador”, personaje que la propia ley distingue del cooperador inmediato. En efecto, el solo hecho de que el legislador haya distinguido desde el punto de vista terminológico entre el perpetrador y el cooperador inmediato, refleja que no son figuras equivalentes. Además, nótese que el legislador en el comentado primer párrafo del artículo 83 CP, hace alusión a los “perpetradores” en plural. Por lo tanto, si existen varios perpetradores ellos solo pueden ser coautores. Es decir, la voluntad de la ley es clara en incluir la figura de la coautoría dentro del término “perpetrador” (por eso los menciona en plural).

Ahora bien, ¿qué caracteriza al “cooperador inmediato”? Personalmente considero que se trata de un sujeto que si bien no es autor, no es protagonista del hecho o no se le puede imputar como propio, colabora de forma inmediata, directa, con su realización. La voluntad del legislador al crear esta figura es la de sancionar con la misma pena que el autor, al partícipe que colabora durante la ejecución, bien sea esta colaboración paralela *temporalmente* o *espacialmente* con la ejecución, *independientemente de la calidad del aporte proporcionado*. En efecto, puede que el cooperador actúe (ayude) durante la ejecución *desde un punto de vista espacial*, es decir, que se encuentre en el lugar de los acontecimientos (vgr. alcanzándole al autor el cuchillo con el cual matará a la víctima, que aquel tiene sujeta del brazo). O bien puede que su aporte concurra solamente desde un punto de vista temporal, aunque el cooperador no se encuentre en el lugar de los acontecimientos (vgr. diciéndole al autor por teléfono la vía más fácil de acceso a la joyería, o revelándole también telefónicamente la combinación de la caja fuerte que el autor ha olvidado momentáneamente). En ambos casos, debe

59 Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 535. En otro trabajo, defendí una conclusión similar (Vid. Modolell, <<Informe Venezuela>>, pág. 553).

60 Así, Mendoza Troconis, *Curso*, tomo III, pág. 162, aunque posteriormente lo califica como partícipe -Ibídem, págs. 162 y ss-; Quintero Prieto, <<El delito de intermediación financiera ilícita y la teoría del dominio del hecho>>, págs. 149 y ss; Colmenares Olívar, *Autoría y Participación…*, págs. 57 y ss.

considerarse dicho colaborador como "cooperador inmediato". Por lo tanto, para calificar de tal a un partícipe, el criterio determinante va a ser *únicamente* la *inmediatez de su ayuda en la ejecución del hecho*, inmediatez necesariamente *temporal* o que, además, puede ser de carácter espacial[61], *sin tomar en cuenta la calidad del aporte*[62].

Aunque ambiguamente, la jurisprudencia venezolana ha definido al cooperador inmediato atendiendo a la calidad del aporte, y no exclusivamente a la inmediatez[63]

2. Instigador (inductor)

La última figura a la cual alude el artículo 83 CP es la del instigador, al expresar: "En la misma pena incurre el que ha determinado a otro a cometer el hecho". Se trata de la persona que hace nacer la resolución criminal en otro sujeto. No obstante, la doctrina venezolana mayoritaria considera a esta figura como una forma de autoría. La misma es denominada "autor intelectual"[64], por Mendoza Troconis[65] y Grisanti Aveledo[66]. Chiossone los llama "autores psicológicos"[67]. Igualmente, Colmenares Olívar lo considera una forma de autoría[68].

Partiendo de la definición de autor como el sujeto a quien se le puede imputar el hecho como propio, o como aquella persona que tiene

---

61 Aunque esta última forma de inmediatez no tiene porqué existir siempre en la figura.

62 En contra de acudir al criterio de la inmediatez, Bello Rengifo, <<Delito inacabado y participación en el Derecho positivo venezolano>>, pág. 207.

63 Así, vgr. sentencias TSJ en Sala de Casación Penal, números 105 (19 de marzo de 2003), 151 (24 de abril de 2003), 479 (26 de julio de 2005), 290 (11 de junio de 2007). No obstante, la sentencia 651 del 15 de noviembre de 2005, pareciera obviar el criterio de la cualidad del aporte y restringirse a la inmediatez. Para un análisis detallado de estas sentencias, vid. Modolell, <<Autoría y participación en el Código penal venezolano (análisis de los artículos 83 y 84)>>, págs. 347 y ss.

64 Igualmente, lo califica de esta forma la STSJ 382, del 29 de mayo de 2001 (Sala de Casación Penal).

65 *Curso*, tomo III, pág. 163.

66 *Lecciones*, págs 279 y ss.

67 *Manual*, pág. 193.

68 *Autoría y participación en el Derecho penal venezolano*, pág. 61.

el dominio del hecho, no puede concluirse otra cosa que catalogar al inductor como un partícipe[69]. En efecto, la realización del hecho punible en absoluto depende del instigador, quien solo hace nacer en otra persona la voluntad criminal. Piénsese en el caso del sujeto que paga una cantidad de dinero para que alguien dé una golpiza a un tercero, acción que el sicario no lleva a cabo huyendo con el monto pagado. En este caso, se evidencia que la ejecución del tipo penal no depende de quien pagó el dinero para crear la resolución criminal (instigador), sino de la persona inducida, de allí que aquel solo pueda ser un partícipe[70].

A.- Para la configuración de la inducción se requieren los siguientes elementos objetivos: la causación de la idea criminal concreta en otra persona responsable, mediante un influjo psíquico[71]. Por tanto, si esa otra persona ya tiene la resolución criminal tomada y lo que se hace es reafirmarla, no habría inducción[72]. Por otra parte, debe causarse la propia idea criminal, no circunstancias del hecho delictivo. Si se convence al autor, decidido a ejecutar un robo, que cambie su puñal por otro más afilado y amenazador, no habría inducción. Pero, tampoco habría inducción de robo a mano armada (art. 458 CP) si se convence al autor de ejecutar el delito con un revólver. En efecto, el autor ya tiene tomada la decisión fundamental, cometer el robo, y un cambio en la

---

69 Es de señalar que el artículo 44 de la LOCDO castiga con la misma pena que el "sicario" (veinticinco a treinta años de prisión), a quien haya encargado a otro un homicidio. Esta forma de inducción se contempla entonces como un tipo de autoría, por la propia exigencia de la ley.

70 Al referirse a las características del inductor, afirma Colmenares Olívar: "... en primer lugar, la proposición criminal solo existe y emana del instigador (determinador o inductor) y, segundo, el instigado (determinado o inducido) deberá ser un sujeto libre y consciente capaz de aceptar esa proposición y tomar una resolución. En otras palabras, el agente (instigador, determinador, inductor) logra **persuadir** al sujeto pasivo para que realice la acción delictiva"(Ibídem, pág. 63 -negrita del autor-). Pues bien, estas características que Colmenares atribuye al inductor evidencian que este, en modo alguno, pueda ser un autor, ni coautor (como él lo llama), ya que nunca el hecho delictivo es "su hecho", sino por el contrario, su conducta esta subordinada a la del autor. Solo el instigado resuelve cometer el hecho y, como dije antes, únicamente de él depende su realización.

71 Mir Puig, *DP*, págs. 413 y ss -51-.

72 Ibídem, pág. 414 -54-.

modalidad, aunque esta agrave el delito, a sugerencia de un tercero no se traduce en "hacer nacer la resolución criminal"[73]. Igualmente, el CP hace referencia a determinar a "otro", por lo tanto se plantea si se abarca la llamada "inducción en cadena"[74]: A le paga a B para matar a un tercero. B a su vez le paga a C para ejecutar ese crimen ¿Hay inducción de A en la conducta de C? Desde mi punto de vista, si A le paga a B con el fin de que mate al tercero, a sabiendas de que B buscará a C para la ejecución, sí existiría inducción por parte de A. En cambio, si le paga a B porque él es quien conoce mejor a la víctima, o por su pericia como sicario que permite ejecutar mejor el crimen, pero B a espaldas de A encarga el crimen a C, no habría inducción de A.

Segundo requisito objetivo de la inducción sería la *aptitud* del propio acto de inducción. La acción por la cual se instiga a otra persona debe ser *adecuada* para hacer nacer la resolución criminal, adecuación que se determina desde un punto de vista *ex ante*, según un hombre medio situado en la posición del autor. Pagar a otro una suma importante de dinero para que mate a un tercero, sería un acto adecuado para hacer nacer la resolución criminal. En cambio, la mujer que descuidadamente le dice a su infeliz amiga, deprimida por las infidelidades del marido, que ella en su lugar lo mataría, no sería inductora si la engañada ejecutara tal "sugerencia"[75]. Esa expresión no tiene la aptitud ex ante, según un hombre medio situado en la posición del autor, para hacer nacer resolución criminal alguna, aunque causalmente lo haya logrado.

Como último requisito objetivo es necesario que el sujeto inducido, el autor del delito, comience la ejecución del hecho. De no iniciar la ejecución, y la inducción se hace públicamente, podría configurarse a lo sumo el delito de instigación pública a delinquir (art. 283 CP), que no requiere el inicio del delito inducido.

B.- En cuanto al aspecto subjetivo de la inducción, el inductor debe perseguir que nazca la resolución criminal en el inducido, y querer que este logre la consumación del crimen[76]. Ello explicaría porqué el agente

---

73 Ídem.

74 A favor de admitirla, Arteaga, *DP*, pág. 533.

75 Así, Mir Puig, *DP*, pág. 414 -56-.

76 Ibídem,

provocador no responde penalmente[77]: Con base a un plan para capturar a un importante narcotraficante durante el momento de la entrega de un cargamento de cocaína, un agente de policía se hace pasar por narcotraficante y propone a aquel la venta de varias toneladas de la droga. Acordada la entrega, el policía provocador avisa a los cuerpos de seguridad el lugar donde se realizará. Cuando el hecho comienza, llegan los agentes y capturan al capo solicitado. En este caso, aunque el policía infiltrado persiga que nazca la resolución criminal, en modo alguno quiere el delito llegue a consumarse, de allí su impunidad.

Se discute si puede haber inducción en un tipo culposo. Así, el sujeto que dice al conductor del vehículo que acelere, produciéndose el arrollamiento de un peatón. Afirma correctamente Mir Puig, que esta forma de inducción es admisible siempre que haga nacer la infracción del cuidado debido en el autor[78]. Pero si el pasajero le dice al conductor que acelere el vehículo, con el fin de que atropelle a un peatón que no ha visto, fin desconocido por el conductor, estaríamos ante un caso de autoría mediata en un tipo culposo ajeno si el atropellamiento se realiza[79].

3. Cómplice simple

El artículo 84 establece diversas formas de colaboración en el delito, las cuales conforman la llamada "complicidad simple". Estas figuras son las únicas que comportan una disminución de pena con relación a la autoría. Así, el numeral 1 del artículo alude a la colaboración moral en el hecho que se traduce en excitar o reforzar la resolución delictiva, o prometer asistencia y ayuda para después de cometido. Como puede apreciarse, se trata en todo caso de una forma de apoyo al autor en su propósito delictivo, de allí que incluso se pueda castigar a alguien como cómplice simple cuando este, habiendo prometido al autor asistencia para después de cometido el delito, posteriormente, una vez realizado efectivamente el mismo, la niega. Aunque no haya otorgado la ayuda prometida, la sola promesa fue suficiente para apuntalar la resolución criminal, de allí el castigo como partícipe. Por su parte, el numeral 2

---

77 Ibídem, pág. 417 y ss -70 y ss-.

78 Ibídem, pág. 418 -75-.

79 Bustos, *Manual*, pág. 446.

de este artículo castiga a quien dé instrucciones o suministre medios para la realización del delito. En este caso se castiga como partícipe, a diferencia del numeral anterior, la ayuda material en la realización del hecho. Por último, el numeral 3 contempla el supuesto de participación cuando se facilita la perpetración del hecho, o se presta asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella. En este supuesto cabe cualquier otra ayuda no incluida en los numerales anteriores.

Desde mi punto de vista, sobre todo para que coexistan armónicamente las figuras del cooperador inmediato, el cómplice simple y el cómplice necesario (el cual explicaré enseguida), las formas de participación contempladas en los numerales referidos del artículo 84 presuponen que dichos cómplices no presten su ayuda de forma inmediata en el hecho, es decir, que su acto no concurra (desde el punto de vista espacial o temporal) con la ejecución del delito. Caso contrario, el sujeto debe ser castigado como cooperador inmediato, con la misma pena que el autor. Sin embargo, nótese que el supuesto del numeral 3 del artículo comentado hace referencia a que el aporte facilitador del hecho, la asistencia o el auxilio, pueden darse "durante" la ejecución. Ello debe interpretarse en el sentido de abarcar cualquier forma de aporte, distinto a los de los numerales anteriores, que use el autor "antes o durante la ejecución", partiendo del supuesto que dicho partícipe no concurra (espacial o temporalmente) en la realización del tipo. Es decir, en este último caso el cómplice da su ayuda *antes* del hecho, aunque el autor la use durante la ejecución, es decir, después de facilitado el aporte.

En suma, todos los aportes a que hacen referencia los numerales citados deben darse *antes del hecho*, aunque sirvan para su preparación (aporte antes de la ejecución), o sean utilizados durante la ejecución. Solo así pueden compatibilizarse lógicamente estos supuestos con la previsión del cooperador inmediato, antes explicado.

4. Cómplice necesario

El numeral 3 del artículo 84 explicado, establece literalmente en su parte final: "La disminución de pena prevista en este artículo (*sc.*, la del cómplice simple) no tiene lugar, respecto del que se encontrare en algunos de los casos especificados, *cuando sin su concurso no se hubiera*

realizado el hecho" (cursivas mías). Se establece aquí una figura que la doctrina venezolana ha denominado "cómplice necesario"[80]. El principal problema de esta figura es diferenciarlo del llamado "cooperador inmediato", al cual aludí antes[81].

De acuerdo a la interpretación sistemática que he hecho de los artículo 83 y 84 CP, la figura del cómplice necesario hace referencia a los casos de aportes previos fundamentales para el hecho, que se usarán por los autores antes o durante la ejecución, sin que el sujeto que los aporta tenga el dominio del hecho, o se le pueda imputar el hecho como suyo. Por lo tanto, a diferencia del cooperador inmediato, aquí la equiparación de la pena con la del autor no se explica en razón de la inmediatez (espacial, o solo temporal) del aporte, sino por su calidad, por su importancia para el hecho. Se trata de un aporte previo que puede ser usado antes o durante la ejecución, pero determinante para la realización del delito. Así, el sujeto que le da al autor del hecho, antes de la ejecución, la única arma de fuego existente en el pueblo para la realización del homicidio, sería un cómplice necesario[82].

III.- Autoría y participación en el Código Orgánico de Justicia Militar

El COJM establece un régimen distinto de autoría y participación al del Código Penal, para los delitos establecidos en su texto. En tal sentido, el artículo 389 contempla las siguientes formas de intervención en

---

80 Por todos, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 540. Para Chiossone la "complicidad necesaria está legalmente asimilada al concepto de *coautores*" (*Manual*, pág. 194). Cabría la duda si esta conclusión la extrae de Jiménez de Asúa, quien, como dije antes, concibió al cómplice necesario como una forma de autoría. Igualmente, considera erróneamente Rodríguez Morales que el cómplice necesario es un coautor (*Síntesis*, pág. 399).

81 Pareciera tratarlos de igual manera, Grisanti Aveledo, *Lecciones*, pág. 280. Arteaga Sánchez alude a la calidad del aporte, *in abstracto*, para diferenciarlo del cooperador inmediato (*DP*, págs. 540 y ss).

82 La jurisprudencia del TSJ complica en grado sumo la diferencia entre el cómplice simple y el cómplice necesario. Vid. al respecto las contradictorias sentencias de la Sala de Casación Penal, números 479 (26 de julio de 2005) y 110 (27 de marzo de 2007). Sobre su crítica, vid. Modolell, <<Autoría y participación en el Código penal venezolano…>>, págs. 355 y ss.

el delito: 1) autores o cooperadores inmediatos; 2) cómplices y; 3) encubridores. El artículo 390 considera autores a los que "...directamente toman parte en la ejecución del hecho", a los que "...obligan o inducen a otro a ejecutarlo" y, por último, a los que "...cooperen en su ejecución por un acto sin el cual no se habría consumado el hecho". Como explique antes, las formas de inducción y cooperación inmediata no constituyen tipos de autoría, ya que ni el inductor ni el cooperador tienen el dominio del hecho, o se les puede imputar como propio. En mi opinión, lo que quiso hacer el legislador fue castigar estos supuestos con la misma pena del autor, como lo prevé el CP, pero erróneamente denominó autores a quienes en sentido estricto no lo son.

El artículo 391 COJM establece como forma de complicidad, la cooperación con la ejecución del hecho mediante actos anteriores o simultáneos, fuera de los casos de autoría mencionados en el artículo 390 COJM. Igualmente, el citado artículo 391 considera cómplice a quien faltando a sus deberes militares, no tratare de impedir o conjurar por todos los medios a su alcance la perpetración de la infracción, o todo aquel que no hubiere dado cumplimiento al deber de genérico de denunciar la preparación o comisión de los delitos militares de los cuales tenga conocimiento, deber establecido en el art. 170 COJM. Por otra parte, a diferencia del CP, el COJM (art. 392) tipifica el encubrimiento como una forma de participación delictiva y no como un delito autónomo contra la administración de justicia.

Sobre a la *responsabilidad especial del superior jerárquico*, el COJM contiene una disposición general que le responsabiliza cuando el delito se comete por orden de servicio. Así, según el primer párrafo del artículo 394, cuando "...se haya cometido un delito por una orden del servicio, el superior que la hubiere dado es el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en la cual serán responsables todos los concertados". La primera parte de la referida disposición debe entenderse en el sentido que la orden de servicio no sea manifiestamente inconstitucional, ya que esta nunca excusaría o justificaría a quien la ejecute. Por otra parte, la alusión al concierto previo se entiende como una referencia a la coautoría y a cualquier modalidad de participación criminal, debiendo determinarse en el caso concreto el respectivo grado de participación, a los fines de distinguir la pena aplicable.

Por último, el citado artículo 394 COJM agrega un segundo párrafo en virtud del cual el subordinado, fuera del caso de concierto previo con el superior señalado anteriormente, "...será responsable como cómplice, si se hubiere excedido en su ejecución, o si tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no lo hubiere así advertido al superior, de quien recibe la orden." La parte final de esta disposición contradice lo establecido en la primera parte del art. 394, ya que si el subordinado aprecia que la orden constituye un delito y sin embargo la ejecuta, debe ser sancionado como coautor.

IV.-Complicidad correspectiva. Homicidio y lesiones en refriega

El artículo 424 CP establece una figura denominada por la doctrina "complicidad correspectiva"[83]. De acuerdo a esa norma, si "en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no pudiera descubrirse quién las causó, se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad...No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho". Esta disposición parte del supuesto de que varias personas intervienen en el delito, concretamente en la muerte o lesión de una persona, sin embargo no puede probarse (descubrirse) quién las causó. Se fija entonces una pena intermedia entre la prevista para el autor, y la del cómplice simple. Desde mi punto de vista, esta norma solo debe aplicarse cuando existe duda en cuanto al grado de intervención. Por ejemplo, se sabe que uno de los intervinientes esperaba en el carro, que otro golpeó a la víctima hasta matarla, y que un tercero vigilaba en la puerta. Pero no se pudo probar quién realizó cada una de las actividades, caso en el cual se aplica la complicidad correspectiva. En cambio, si se conoce que todos los intervinientes actuaron como autores, pero no se conoce quién produjo el resultado, responderían todos por un delito de tentativa o frustración. Así, A, B y C disparan contra D, quien muere a causa de uno de los disparos. En el juicio no se puede probar cuál de los disparos causó la muerte, pero sí que todos dispararon. Todos responderían por homicidio frustrado, en aplicación del principio in dubio pro reo.

---

83 Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 541.

En suma, la norma sobre complicidad correspectiva se aplicará únicamente cuando existe duda en el grado de intervención entre autores y partícipes.

Por su parte, el art. 425 CP establece el supuesto de las lesiones u homicidio en refriega, según el cual, sin perjuicio de lo dispuesto en el referido artículo 424 (complicidad correspectiva), y de las mayores penas en que puedan incurrir por los hechos cometidos individualmente, "cuando en una refriega entre varias personas resulte alguien muerto o con una lesión personal, todos los que agredieron al herido serán castigados con las penas correspondientes al delito cometido. Los que hayan tomado parte en la refriega sin agredir al herido serán castigados con prisión de uno a tres años, en los casos de homicidio, y de uno a seis meses en caso de lesiones". En la última parte del artículo, se establece una pena especial para los participantes en la refriega que no hayan agredido a la persona herida o muerta, por el simple hecho de haber tomado parte en la misma.

CAPÍTULO IX
AUSENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (ANTIJURICIDAD)

Bibliografía concreta citada

Carbonell Mateu, Juan Carlos: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982; Cerezo Mir, José: <<Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del número 7 del artículo 8° del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes>>, en *RFDUCM. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, n° 11 -monográfico-, Madrid, 1986, págs.199 y ss; Cobos Gómez de Linares, Miguel: *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa, Madrid, 1987; Cuerda Riezu, Antonio: *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984; Díez Ripollés, José Luis: <<La huelga de hambre en el ámbito penitenciario>>, en *CPC*, n° 30, 1986, págs. 603 y ss; García Valdés, Carlos: <<Responsabilidad por lesiones deportivas>>, en *ADPCP*, 1993, págs. 965 y ss; Geilen, Gerd: <<Notwehr und Notwehrexzeß>>, en *Jura*, 1981, págs. 200 y ss; Gimbernat, Enrique: <<El estado de necesidad: un problema de antijuricidad>> en, del mismo autor, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 218 y ss ; del mismo: <<Prólogo a la obra de Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*>>, cit., págs. 13 y ss; Gómez Benítez, José Manuel: *El ejercicio ilegítimo del cargo*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980; Grebing, Gerhardt: <<Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht>>, en *GA*, 1979, págs. 81 y ss; Larrauri, Elena: <<Causas de justificación: criterios de identificación>>, en Hassemer-Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 49 y ss; Luzón Peña, Diego-Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa,* Bosch, Barcelona, 1978; Maqueda Abreu, María Luisa: <<Los elementos subjetivos de la justificación>>, en *La Ley,* 1984, vol. 29, págs. 1091 y ss; Morillas Cueva, Lorenzo: *La obediencia debida. Aspectos legales y políticos-criminales*, Civitas, Madrid, 1984; Muñoz Conde, Francisco: <<La creencia errónea de estar obrando ilícitamente>> en, del mismo autor, *El error en Derecho penal*, Tirant, Valencia, 1989, págs. 19 y ss; Reyes Echandía, Alfonso: *Antijuridicidad*, Temis, Bogotá, 1997; Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Legítima defensa real y puta-*

tiva en la doctrina penal del Tribunal Supremo, Civitas, Madrid, 1976; Roxin, Claus: <<Die “sozialetischen Einschränkungen„ des Notwehrrechts>> en *ZStW*, 1981 (93), págs. 68 y ss; Sanz Morán, Angel: *Elementos subjetivos de justificación*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1993; Sternberg-Lieben, Irene: <<Voraussetzungen der Notwehr>>, en *JA*, 1996 (28), págs. 299 y ss; Valle Muñiz: *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994; v. Weber, Hellmuth: <<Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund>> en, *JZ*, 1951, págs. 260 y ss.

I.- Introducción

Para la punibilidad de un hecho no basta que este se adecúe a la figura legal, es necesario también que sea contrario a la totalidad del ordenamiento jurídico, o dicho de otra forma, *debe determinarse si en el ordenamiento jurídico no existe una norma que excepcionalmente permita el hecho típico*. Por lo tanto, como expresé antes (*supra*, Capítulo III), el vínculo existente entre la antijuricidad (ausencia de causas de justificación) y el tipo penal, constituye una relación regla-excepción.

El Código Penal contempla las siguientes causas de justificación, en el artículo 65: a) cumplimiento de un deber; b) ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; c) obediencia legítima y debida; d) legítima defensa y, por último, e) el estado de necesidad justificante.

El hecho de que expresamente el legislador mencione estas causas de justificación, no implica que sean las únicas. En efecto, del sistema normativo en su conjunto, o de la propia realidad social, pueden surgir otras causas de justificación (vgr. el consentimiento de la víctima), que permitan realizar el hecho típico.

II.- Legítima defensa

En el derecho romano se concibió la legítima defensa como un derecho individual originario, mientras que el derecho germánico la entendió como una forma de protección del orden jurídico[1]. Actualmente se sostiene que la legítima defensa cumple un doble papel, de defensa del propio interés individual y defensa del ordenamiento jurídico[2].

---

1 Mir Puig, *DP*, 439 y ss -38-; Jescheck-Weigend, *AT*, págs 336 y ss.

2 Mir Puig, *DP*, pág. 440 -39-; Jescheck-Weigend, *AT*, págs 336; Cerezo Mir, *Curso*, págs. 207 y ss. Para Roxin, el fundamento de la legítima defensa es la

El CP establece que no es punible “el que obra en defensa de propia persona o derecho”. Se entiende entonces la legítima defensa como un conflicto de intereses, del agresor y el agredido, en el cual obviamente debe prevalecer el interés del agredido[3].

1. Requisitos objetivos

Exige el artículo 65, numeral 3, los siguientes requisitos objetivos de la legítima defensa[4]:

A.- Agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho.

Erróneamente, el CP califica al agresor como “ofendido por el hecho”. Obviamente, cuando alguien actúa bajo esta causa de justificación no “ofende” con su defensa, ya que se trata de un acto amparado por el Derecho.

La agresión debe provenir de un ser humano, por lo tanto debe tratarse de una conducta[5]. Si la agresión procede de alguien que actúa bajo una fuerza física irresistible, o en estado de inconsciencia, no podría repelerse mediante la legítima defensa[6]. En este caso, estaríamos ante un estado de necesidad. El bañista que empuja al niño que es lanzado a la piscina a fin de repeler el impacto, actúa en legítima defensa respecto de quien arrojó al niño. Pero con relación a este, que actúa sin voluntad, se trataría de un estado de necesidad.

Por otra parte, la agresión ilegítima no necesariamente debe ser de carácter físico[7], pudiendo consistir en un simple ataque ideal contra el

---

protección individual (<<Die “sozialetischen Einschränkungen„ des Notwehrrechts>> pág. 76).

3 Así, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 272; igualmente, Mendoza Troconis, *Curso*, tomo II, pág. 27.

4 El COJM repite estas condiciones en el numeral 7 del art. 397.

5 Welzel, DP, pág. 101; Geilen, <<Notwehr und Notwehrexzeß>>, pág. 201.

6 Igualmente, se extiende esta conclusión cuando la agresión procede de un sujeto no del todo responsable (enfermos mentales, niños, sujetos que actúan bajo error, etc). Así, Baumann-Weber-Mitsch, *AT*, pág. 365 -39-.

7 Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, págs. 135 y ss.

bien jurídico[8]. Así, el político que durante un importante programa televisivo, quita el micrófono al periodista que está a punto de revelar secretos sexuales de aquel, actuaría en defensa de su honor. En suma, el ataque debe catalogarse como agresión desde un punto de vista jurídico (ofensa).

La agresión puede consistir tanto en una acción como en una omisión[9]. En todo caso, para que la omisión pueda traducirse en una agresión ante la cual pueda oponerse la legítima defensa, es fundamental que la misma parta de un actuar precedente antijurídico[10]. Ejemplo de ello es el recluso que tiene derecho a la libertad por haber cumplido su condena, y amenaza al guardia que se niega a liberarlo. Si el recluso logra mediante sus amenazas que el carcelero desista de su actitud, y logra su libertad, estaríamos ante un supuesto de legítima defensa. Por lo tanto, solo cabría legítima defensa ante una omisión cuando ella impide el goce de un derecho del agredido, y el agresor es quien puede, mediante su actividad, facilitar dicho goce.

La agresión debe ser contraria a derecho, ilegítima dice la ley, aunque no es necesario que sea delito. Igualmente, no constituyen agresiones aquellos actos que se realizan en el ámbito del riesgo permitido, aunque pueda que lesionen un bien jurídico[11]

No es necesario que la agresión sea dolosa; puede provenir de una actividad imprudente[12]. Así, si A empuja a B, quien manipula de forma imprudente un arma cargada, para evitar que le apunté con la misma, estaríamos en presencia de un acto de legítima defensa. O el sujeto que

8 En este sentido, Reyes Echandía, *Antijuricidad*, pág. 111.

9 Roxin, *AT*, Vol. I. pág. 660 -11-; *DP*, pág. 613 -11-; Wessels-Beulke, *AT*, pág. 120 -326-; Geilen, <<Notwehr und Notwehrexzeß>>, pág. 201; en Venezuela, Mendoza Troconis, *Curso*, tomo II, págs. 41 y ss.

10 Según Roxin, una agresión por omisión solo puede darse respecto de "quien tenga que responder por la evitación del resultado" (*DP*, pág. 613 -11-; *AT*, pág. 660 -11-; similar, Wessels-Beulke, *AT*, pág. 120 -326-; Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 339).

11 Jakobs, *DP*, pág. 463 -14-; *AT*, pág. 385 -14-

12 Opinan que la agresión debe ser dolosa, Muñoz Conde-García Arán, *DP*, pág. 323. Ante una agresión imprudente, afirman estos autores, solo puede actuarse baja estado de necesidad. A favor de admitir la agresión imprudente, Mir Puig, *DP*, pág. 444 -49-; Welzel, *DP*, pág. 101.

lanza un objeto contundente contra el vidrio trasero de un vehículo, para intentar alertar a su conductor, quien retrocede imprudentemente, sobre la presencia de un niño que juega desprevenido cerca del automóvil con alto riesgo de ser atropellado.

Igualmente, surge la cuestión relativa a si la agresión puede proceder de una persona que no sea culpable del hecho, como el supuesto de ataques de inimputables o personas que actúan bajo error de prohibición[13]. La solución debe ser afirmativa ya que se trata de hechos antijurídicos, de allí la posibilidad de defenderse de este tipo de acciones. El sujeto que repele la agresión del esquizofrénico, quien durante una alucinación intenta golpearle con un objeto contundente, actúa en legítima defensa[14].

La agresión debe ser actual, en el sentido que esté ocurriendo o sea inminente su ejecución. Esta característica se deriva del carácter necesario de la defensa[15]. No obstante, quedaría por dilucidar en qué momento se considera que el ataque es inminente. Considero que ello se da cuando la reacción defensiva constituye la única posibilidad, en concreto, para salvaguardar el bien jurídico (defensa necesaria)[16].

Los sistemas de defensa preestablecidos, vgr. cercas de alambre, rejas con electricidad, que se colocan para proteger casas o comercios, plantean el problema de si existiría en esos casos la actualidad de la defensa. Según un sector de la doctrina, se cumple este último requisito, aun

---

13 Se pronuncia por la negativa, Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, págs. 336 y ss -especialmente, págs. 341 y ss-.

14 No obstante, afirma Jescheck que el fundamento de la legítima defensa, en el caso de agresiones de niños, jóvenes inmaduros, ebrios, enfermos mentales, sujetos que actúan bajo error, imprudentemente o en estado de necesidad, sería la facultad de autodefensa, por lo tanto “el agredido ha de limitarse a la protección de los bienes y solo puede lesionar al agresor en caso de que no pueda rehuirle sin abandonar el interés protegido” (*Tratado*, vol. I, pág. 470; Jescheck-Weigend, *AT*, págs.. 345 y ss). Es decir, el agredido debe optar por utilizar el medio menos lesivo.

15 Así, Mir Puig, *DP*, pág. 445 -52-; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, pág. 294; Grisanti Aveledo, *Lecciones*, pág. 140.

16 Similar, citando la jurisprudencia alemana, Roxin, *DP*, pág. 620 -24-; *AT*, vol. I. pág. 667 -25-. En contra de que la agresión, de ser delictiva, deba entrar ya en fase de ejecución (tentativa), Welzel (*DP*, pág. 101).

cuando los medios de protección se instalen previamente, si la defensa se pone “en marcha precisamente en el momento de la agresión”[17]. En efecto, resulta obvio que se pueda preparar la defensa ante futuras y posibles agresiones. La solución contraria sería restringir la posibilidad de repeler los ataques a un inmueble, a la permanencia en él de su defensor. Sin embargo, opino que estos dispositivos de defensa se encuadrarían dentro del llamado ejercicio legítimo de un derecho. El dueño de una propiedad tiene el derecho de restringir o impedir la entrada a esta, siempre que el medio para hacerlo sea proporcional.

B.-Necesidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Aunque el numeral 3 del artículo 65 CP haga alusión al medio empleado, debe interpretarse que se refiere a la necesidad de defensa, en el sentido de que ella debe ser la única posibilidad para “impedir o repeler la agresión”. En efecto, el carácter excepcional de la norma de permisión de la legítima defensa implica que solamente esté justificada cuando la persona no pueda actuar de otra manera. Dicha necesidad se determina analizando la situación concreta, valorada desde un punto de vista *ex ante*: ¿qué hubiese hecho una persona media, agredida, en la situación planteada?[18].

Una vez precisada la necesidad de defensa, hay que determinar si el autor de la legítima defensa usó el medio adecuado para impedir o repeler la agresión. Esta valoración también debe hacerse desde un punto de vista ex ante, atendiendo a las circunstancias concretas de quien se defiende. Por lo tanto, el agredido debe utilizar, si es posible, el medio menos lesivo para la defensa, eficaz para impedir o repeler la agresión[19]. Obviamente, debe tenerse en cuenta al analizar el medio que quien se

---

17 Roxin, *DP*, pág. 622 -28-; *AT*, pág. 669 -29-. El problema con relación a estas instalaciones se vincula más con la proporcionalidad de la defensa.

18 Jescheck-Weigend, *AT*, pág. 343. Mir Puig habla de racionalidad de la defensa, según la cual es “suficiente una necesidad *aproximada*, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*)” (*DP*, pág. 448 -65-).

19 Roxin, *AT*, vol. I, págs. 674 y ss -42-; *DP*, págs. 628 y ss -41-.

defiende no debe soportar daño alguno, ni poner en riesgo sus bienes jurídicos[20].

Dentro de la necesidad de defensa debe considerarse lo relativo a los bienes defendibles, y la proporcionalidad entre la defensa y el bien jurídico protegido. Al respecto, solo serán defendibles los bienes jurídicos individuales[21], aquellos que tiene un titular concreto, bien sea una persona natural o jurídica. Ello, sin embargo, no implica que la legítima defensa sea un acto personalísimo. Así, la doctrina dominante admite la defensa de bienes de las personas jurídicas[22]. No obstante, esto plantea el problema sobre la manera en que puede entenderse la defensa de los bienes de la persona jurídica. En efecto, el vigilante que repele el asalto a la empresa para la cual presta sus servicios, ¿actúa en legítima defensa de la empresa, o es la propia empresa la que se defiende? ¿qué decir del exceso en la defensa? ¿se trataría más bien de un supuesto de ejercicio del oficio o cargo?

Como se ha dicho, no cabe la legítima defensa de bienes supraindividuales[23], por ejemplo del medio ambiente. Por lo tanto, el sujeto que impide a otro arrojar un vertido muy tóxico en el lecho del río no actúa en legítima defensa del medio ambiente.

Por último, cuando se analiza la necesidad de la defensa debe valorarse su proporcionalidad[24]. En efecto, la defensa debe ser proporcional al ataque, y en consecuencia debe hacerse una ponderación de los bienes en conflicto. El sujeto que observa, desde su apartamento situado en lo alto de un edificio, a alguien hurtándole el vehículo, ante lo cual opta por dispararle y matarle, actuaría de forma excesiva y debe responder penalmente. La defensa de la propiedad no puede justificar matar, por el evidente mayor valor de la vida. En este ejemplo, se constata una desproporción entre el bien jurídico protegido y el afectado,

---

20 Ibídem, págs. 674 y ss -42 y ss-; *DP*, págs. 628 y ss -41 y ss-.

21 Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa,* págs. 534 y ss; Cerezo Mir, *Curso*, vol. II, pág. 219; Roxin, *AT,* vol. I, pág. 669 -30-; *DP,* pág. 623 -29-.

22 Así, Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, pág. 535; Jescheck-Weigend, *AT,* pág. 340.

23 Por todos, Sternberg-Lieben, <<Voraussetzungen der Notwehr>>, pág. 302.

24 En contra Roxin, para quien la proporcionalidad no se relaciona con la necesidad de la defensa (*AT,* vol. I, pág. 679 -47-; *DP*, pág. 632 -46-).

de allí el exceso punible. Obviamente, hay casos donde puede no existir una proporcionalidad estricta entre los bienes, pero los mismos se encuentran estrechamente relacionados, como el supuesto de la mujer que para impedir ser violada toma un arma y mata al agresor. Aunque pueda afirmarse "en abstracto" que la vida es más importante que la libertad sexual, es obvio que la mujer no tiene porqué soportar la agresión en razón de una "abstracta" desigualdad entre el arma de fuego y la agresión sexual. La desproporción entre los bienes, concretamente entre el bien defendido y el bien del agresor, solo es relevante cuando la misma sucede entre bienes personalísimos y bienes no personalísimos (totalmente disponibles). Por ejemplo, sacrificar la vida del agresor para proteger la propiedad, el honor o la privacidad, lo cual resulta, a todas luces, desproporcionado.

C.- Falta de provocación suficiente de quien pretenda haber obrado en defensa propia

Quien actúa en legítima defensa no debe haber provocado la agresión que repele. Pero la ley no se refiere a cualquier provocación, sino a una "provocación suficiente". La forma como la doctrina ha determinado el carácter "suficiente" de la agresión, va desde planteamientos objetivos hasta formulaciones de carácter subjetivo. Así, un sector considera necesario determinar la magnitud de la provocación, la cual podría explicar la reacción del agresor y, en consecuencia, anularía la defensa del provocador[25]. Otro sector alude a la falta de inocencia del sujeto que se defiende. De faltar este requisito, no cabría hablar de legítima defensa si el sujeto provoca "intencionalmente" la respuesta del agresor[26].

Considero que, en principio, el CP hace referencia a una circunstancia objetiva: la determinación de si la provocación del defendido fue de tal magnitud que explique la reacción del agresor. En tal sentido, debe valorarse si una persona media, situada en la posición del agresor, hubiese actuado igual ante la referida provocación. Si un sujeto gasta una broma pesada a un amigo, incluso con intención de que este se moleste, ante lo cual ese amigo reacciona intentado golpearle con una

---

25 Así, Mendoza Troconis, *Curso*, tomo II, págs. 48 y ss; Chiossone, *Manual*, pág. 131; Cerezo Mir, *Curso*, vol II, pág. 240; Bacigalupo, *Principios*, pág. 266.

26 Mir Puig, *DP*, págs. 451 y ss -80-.

barra de hierro, tal provocación no anularía la posibilidad de legítima defensa. En definitiva, la intención no es relevante, sino el grado de la provocación.

2. Requisitos subjetivos

Para que exista legítima defensa, como en cualquier causa de justificación, es fundamental que quien se defienda conozca la agresión, y quiera defenderse[27]. Así, se citan los siguientes ejemplos: Un joven quiere matar a su padrastro. Con tal finalidad, se introduce armado en su cuarto, y consigue matarlo en el instante en que aquel atacaba con intención homicida a su mujer, aunque por la oscuridad el joven no pudo percatarse de esta última circunstancia. La acción del joven sería una defensa necesaria de la madre (Caso Albrecht, referido por Binding)[28]. Otros casos: el antisocial "arroja una piedra contra la ventana desconociendo que en aquella vivienda está a punto de perecer por asfixia un niño de corta edad, quien resulta de esta manera salvado" (Graf zu Dohna)[29]; "Una mujer irritada golpea fuertemente con un rodillo a un delincuente armado que fuerza de noche la puerta de su vivienda, confundiéndole con su marido, quien frecuentemente vuelve a casa, completamente ebrio a esa misma hora…dos cazadores furtivos se apostan en distintos puntos del bosque para agredir al guarda, pero al disparar sobre este el primero de aquellos alcanza a su compañero" (Spendel)[30]; "A dispara a su enemigo B, por odio, cuando este entra en casa de A, sin darse cuenta que en el momento inmediatamente anterior B pensaba hacer lo mismo" (Oehler)[31]; "Un médico conduce imprudentemente hacia el lugar del accidente, donde su ayuda puede resultar valiosa, sin saber, no obstante, nada de tal accidente" (Haft)[32]. "El médico no sabe que su paciente a causa de una repentina complicación, se encuentra en peligro de muerte y conduce hacia él a velocidad

---

27 Ibídem, pág. 450 -70-; Welzel, *DP*, pág. 103; Roxin, *AT*, vol. I. pág. 719 -129-; *DP*, pág. 667 -109-.

28 Sanz Morán, *Elementos subjetivos de justificación*, pág. 1.

29 Ibídem, págs. 1 y ss.

30 Ibídem, pág. 2.

31 Ídem.

32 Ibídem, pág. 3.

no permitida solo porque no quiere que se le pase la hora de comienzo del concierto" (Stratenwerth)[33].

En estos ejemplos, la persona que se defiende, o defiende al tercero, lo hace sin conocer las circunstancias de la agresión, aunque objetivamente logra una acción de defensa eficaz. No obstante respondería por la lesión ocasionada ya que actuó sin el referido elemento subjetivo[34]. La doctrina venezolana, por su parte, sostiene que en nuestra legislación no es necesario dicho requisito subjetivo, precisamente por no exigirlo expresamente la ley[35].

Desde mi punto de vista, la ley venezolana exige una determinada relación subjetiva entre la acción objetiva de defensa y el sujeto que se defiende. Así, en el párrafo que sigue al último requisito objetivo de la legítima defensa del artículo 65 CP, se expresa: "Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en estado de incertidumbre, temor o terror traspasa los límites de la defensa". El solo hecho de que exista esta norma, que "equipara" a la legítima defensa (precisamente, por no tratarse de ella) un supuesto de error, supone que el elemento subjetivo es fundamental para aquella. Por otra parte, el numeral 3 del artículo 65 CP, que encabeza los requisitos de la legítima defensa, se refiere a quien "obra *en* defensa". Literalmente, esta expresión implica que la persona persigue, busca, defenderse de la agresión[36]. Además, "obrar" supone necesariamente una actitud consciente del sujeto. Como último argumento, el requisito referido a la falta de provocación suficiente, establecido en la ley (art. 65, 3, 3 CP), alude al sujeto que "*pretenda* haber obrado en defensa propia". Solo "*pretende*" algo quien conoce una situación y persigue (quiere) un fin determinado, en este caso, el acto de defensa. El verbo "pretender" implica literalmente "querer…conseguir

33 Ídem.

34 A favor de su exigencia, Gómez Benítez, *El ejercicio ilegítimo del cargo, pág. 175; Rodríguez Mourullo, Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo,* págs. 25 y ss. Valle Muñiz, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal,* págs 74 y ss; Maqueda Abreu, <<Los elementos subjetivos de la justificación>>, págs. 1107 y ss. En contra, por todos, Carbonell Mateu, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes,* pág. 107.

35 Así, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 270.

36 En contra, ídem.

algo", "hacer diligencia para conseguir algo", actividades vinculadas a la actitud subjetiva de quien las realiza.

Pero la existencia de un elemento subjetivo en la legítima defensa conduce, por contra partida, al análisis de su ausencia, caso del llamado error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (de la legítima defensa). Así, el sujeto que cree que va a ser agredido, pero dicha agresión objetivamente no existe. Caso del novio que trepa a la ventana de la casa de su enamorada con un ramo de flores en la mano. Ella observa en la penumbra la silueta de alguien que trata de entrar con un objeto en la mano y, creyendo que se trata de un asaltante, lanza un objeto contundente contra el novio, causándole una lesión. Aquí, la falta de conexión entre las circunstancias objetivas y la actitud subjetiva del autor conduce a la ausencia de legítima defensa, configurándose un caso de error. Ahora bien, ¿ante qué clase de error nos encontramos, cuál es su naturaleza? Se plantea entonces si debe tratarse como un error de tipo o de prohibición.

La doctrina tradicional lo considera un error de prohibición: "Quien lesiona corporalmente a otro, porque se imagina agredido por él (legítima defensa putativa) o porque cree admisible herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención), o porque piensa que se puede corregir corporalmente al que injuria (suposición errónea de una causal de justificación no reconocida jurídicamente), comete en todos estos casos una lesión corporal dolosa en la creencia de estar autorizado para ello. No obra en desconocimiento del tipo"[37]. Es decir, en estos casos se considera que el sujeto conoce y quiere la agresión, por lo tanto existe el dolo.

Un segundo sector, sin compartir la llamada "teoría de los elementos negativos del tipo", considera este caso un error de tipo negativo, mientras que el error de prohibición sería únicamente la equívoca percepción de la norma que permite la realización del hecho (vgr. el caso

37 Welzel, *DP*, pág. 199; similares, Muñoz Conde, <<La creencia errónea de estar obrando ilícitamente>>, págs. 56 y ss; Cobo Gómez de Linares, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, págs. 224 y s.s., y pág. 265. En contra del tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de prohibición, v. Weber, <<Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund>>, pág. 262.

del vigilante de la cárcel que cree que puede disparar contra el condenado fugitivo luego de dar la voz de alto)[38].

Considero, en contra de la posición tradicional de Welzel, que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación constituye un error de tipo, ya que precisamente se realiza el supuesto de hecho previsto en un tipo penal en razón de una falsa percepción de la realidad. En estos casos nos encontramos bajo un doble error: El sujeto cree que lo están atacando, primer error, y ello conduce al segundo error, creer que puede defenderse. Se parte de un error sobre la situación, del cual se deriva un error sobre la norma. El primer error, desde mi punto de vista, constituye un error de tipo ya que el supuesto dolo "existente" (Welzel), es un dolo totalmente viciado. Si la mujer hubiese sabido que quien pretende entrar en su casa es el novio, no hubiese lanzado el objeto que lo lesionó. La novia realiza las lesiones bajo un error de percepción, de allí la falta de tipo doloso. Y por ser un error de tipo, este debe ser considerado primordialmente que el error de prohibición subsecuente, no solo por su prevalencia cronológica que origina al segundo, también por las consecuencias más favorables que supone para el reo (*favor rei*).

Por tratarse de un error de tipo, si el mismo es vencible se aplicará el tipo culposo respectivo, de estar previsto en la ley. Si el error es invencible, acarreará la impunidad. Además, el supuesto contemplado en el CP que "equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en estado de incertidumbre, temor o terror traspasa los límites de la defensa", solo tendrá cabida en los casos de exceso por error (de tipo) invencible, producto del estado de incertidumbre, temor o terror[39]. En efecto, por la situación particular en la cual se encuentra el sujeto (la incertidumbre, el temor o el terror), no puede escapar al error. Como expresé *supra*, casos semejantes constituyen un error de tipo invencible

---

38 Así, Mir Puig, *DP*, pág. 453 -86 y ss-.

39 No plantea el análisis del carácter vencible o invencible de lo que denomina "defensa putativa", la Sala de Casación penal del TSJ (Sentencia 1699 del 21 de diciembre de 2000). Incluso, la falta de dicho análisis pudiera conducir a la conclusión de que esta Sala no trata la "defensa putativa" como un auténtico caso de error.

(invencible únicamente para el sujeto concreto que incurre en él, por su particular situación)[40].

3. Legítima defensa de terceros

El CP alude únicamente a la defensa de la propia persona o derecho, lo cual plantea el problema de la legítima defensa de terceros, es decir, cuando la persona defiende a otra o un derecho ajeno. Así, el padre observa que a su hijo lo atacan con intención homicida, y dispara contra el agresor, causándole la muerte. ¿Contempla el CP este caso, aun cuando sus normas se refieren únicamente a la salvaguarda de la propia persona o derecho?

Al respecto, sostiene Arteaga Sánchez que la defensa de terceros está encuadrada en el numeral 1 del artículo 65 CP, concretamente en el llamado "ejercicio legítimo de un derecho"[41]. A esta posición pudiera objetársele, por un lado, lo discutible de que quien defienda a un tercero esté ejerciendo un derecho propio, como expresa el referido numeral 1. Por otra parte, encuadrar la legítima defensa de terceros en el ejercicio legítimo de un derecho pudiera conducir a pensar que en este caso la legítima defensa no estaría sujeta a los requisitos que establece el numeral 3 del artículo 65. De tal manera que serían más flexibles las condiciones para defender a un tercero, al quedar subsumida esa actuación en el ejercicio legítimo de un derecho, que las previstas para la defensa de la propia persona o derecho, conclusión insostenible.

Mendoza Troconis sostiene que la defensa de terceros, en nuestra legislación, constituye "una fase del estado de necesidad"[42]. Obviamente, no puede equipararse la legítima defensa al estado de necesidad, ya que aquella parte de una colisión entre un interés ilegítimo (el del agresor), y un interés legítimo (el del agredido). En cambio, en el estado de necesidad se plantea un conflicto entre intereses legítimos, como explicaré más adelante.

---

40 Considera este supuesto una causa de inculpabilidad, Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, pág. 301.

41 *DP*, págs. 273 y ss. La Sala de Casación Penal del TSJ, en sentencias 258 (27 de julio de 2004) y 299 (27 de agosto de 2004), admite esta forma de legítima defensa por razones de justicia y ser un "derecho propio".

42 *Curso*, tomo II, pág. 50.

Soy de la opinión que debe extenderse por analogía (*pro reo*), la legítima defensa del numeral 3 del artículo 65 CP, al caso de defensa de terceros o de bienes ajenos. En efecto, se trata de supuestos semejantes que ameritarían un tratamiento igual. Y no se infringiría el principio de legalidad ya que mediante esta aplicación analógica no se crean delitos o se aumentan penas, sino, por el contrario, se amplía el ámbito de una causa de justificación.

4. Exceso en la defensa

El art 66 CP dispone la pena atenuada en los casos de exceso en la defensa, lo cual debe aplicarse cuando exista la agresión pero el sujeto traspasa los límites establecidos por el art. 65, numeral 3[43].

III.- Estado de necesidad justificante

La segunda causa de justificación, en orden de importancia, es el llamado estado de necesidad contemplado en el numeral 4 del artículo 65 CP. Según dicho artículo, no es punible quien "obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo".

A diferencia de la legítima defensa, en el estado de necesidad se plantea un conflicto entre bienes legítimamente protegidos por el Derecho[44]. El sujeto que enfrenta el peligro grave e inminente se ve en la necesidad de lesionar un bien jurídico ajeno, jurídicamente protegido, para salvaguardar el suyo: el capitán del barco se ve obligado a arrojar la

---

43 De una errónea lectura del artículo referido, el TSJ vincula el exceso en la defensa a la concurrencia de otra causa de justificación, al afirmar: "para poder invocar una circunstancia atenuante como el exceso en la defensa, debe configurarse uno de los siguientes supuestos: 1.- Que el sujeto activo excedido en la defensa obre en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho legitimo de autoridad, oficio o cargo; 2- Que el sujeto activo excedido en la defensa obre en virtud de una obediencia legítima; y 3- Que el sujeto activo se excediera en los medios empleados para salvarse de un peligro grave e inminente" (Sala de Casación Penal, sentencia 727 del 18 de diciembre de 2007). La Sala de Casación Penal reincide en este inexplicable error en la sentencia 495, del 11 de diciembre de 2012.

44 En este sentido, STSJ 299 del 27 de agosto de 2004 (Sala de Casación Penal).

carga por la borda para estabilizar la nave y poder salvar a la tripulación de un seguro naufragio[45]. Aquí, el conflicto se plantea entre la legítima propiedad de la carga y la vida de la tripulación, ambos intereses jurídicamente protegidos. En la legítima defensa el conflicto se plantea entre el interés del agresor, interés que el Derecho no protege, y el interés legítimo del agredido.

La doctrina dominante distingue dos clases de estado de necesidad[46]: el estado de necesidad como auténtica causa de justificación, y el estado de necesidad disculpante, que constituye una causa de inculpabilidad. En principio, la diferencia entre uno y otro radica en la importancia de los bienes jurídicos. Así, en el estado de necesidad justificante se plantea el conflicto entre intereses de distinto valor, sacrificándose el interés menor en aras del interés mayor, valorativamente hablando. En cambio, en el estado de necesidad disculpante la colisión se plantea entre intereses de similar importancia.

Por otra parte, pudiera decirse que en relación al estado de necesidad la ley debe ser más estricta con la exigencia de sus requisitos de configuración[47]. En efecto, en el caso del conflicto planteado en la legítima defensa resulta obvio que el Derecho se ponga de parte del agredido. En cambio, en el caso del estado de necesidad la situación no es tan sencilla, precisamente porque el conflicto se plantea entre intereses válidamente protegidos. Si la legítima defensa constituye una situación de permisión excepcional, más aún debe serlo la permisión por la cual se puede lesionar un bien jurídico legítimo para amparar otro de mayor importancia.

Incluso, dentro del propio estado de necesidad, se debe ser más estricto en el estado de necesidad justificante, precisamente porque habría que determinar el carácter justo de la agresión. Por ello, la diferencia esencial entre el estado de necesidad justificante y el disculpante estribaría que en el primero se atiende a la lesión del bien jurídico, es decir, a la valoración de dicha lesión (sacrificio de un bien menor para salvar uno de mayor importancia). En cambio, en el estado de necesi-

---

45 Mir Puig, *DP*, pág. 458 -4-.

46 Ibídem, págs. 462 y ss -19 y ss-.

47 Ibídem, pág. 458 -5-.

dad disculpante, las similares características de los bienes en conflicto obligan a considerar el desvalor de conducta, y analizar si al autor del estado de necesidad se le podía exigir una conducta distinta. En este caso, no obstante, el hecho será contrario a derecho, por lo que puede repelerse la injusta agresión. Así, en el ejemplo de la tabla de Carnéades, el náufrago que mata al otro para asirse de la tabla que solo soporta el peso de uno de los dos, realiza un acto injusto, de allí que el náufrago agredido originalmente pueda actuar en legítima defensa, aunque el agresor actúe bajo un estado de necesidad[48].

1. Requisitos objetivos

A.- Peligro grave e inminente

Dice la ley que el peligro debe ser grave, es decir, de una magnitud que constriña al sujeto a actuar de esa forma. Por lo tanto, cuando la ley expresa que el autor del estado de necesidad debe obrar "constreñido" se refiere al carácter necesario de la reacción.

Por otra parte, aunque la ley alude a la inminencia del peligro, el mismo también puede ser actual. En la medida en que el peligro esté en curso, siempre se podrá actuar bajo un estado de necesidad.

B.- Colisión de bienes (sacrificio de un interés menor para salvaguardar una de mayor valor)

Aunque este requisito no esté establecido literalmente en el CP[49], para que el estado de necesidad sea un acto justificado el bien lesionado (sacrificado) debe ser menor con relación al mayor valor del interés protegido.

48 A favor de la concepción de los intereses ponderados y el examen de la proporción, como niveles valorativos autónomos del estado de necesidad justificante, Grebing, <<Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht>>, págs. 81 y ss.

49 El COJM prevé el estado de necesidad en el numeral 2 del art. 397 según el cual no es punible quien "ejecuta el hecho impelido por la necesidad de evitar un mal mayor inminente, al cual no hubiere dado causa voluntariamente". Este supuesto es más amplio que el establecido en el CP ya que se refiere, en general, a impedir un mal inminente, sin exigir que el mismo sea contra su persona o la de otro. Además, la circunstancia de evitar un mal mayor conduce a concluir que el estado de necesidad del COJM únicamente contempla el estado de necesidad justificante.

Sin embargo, considero que esta disparidad no es relevante cuando el conflicto se plantea entre bienes personalísimos[50]. Un conflicto semejante debe encuadrarse bajo la forma de un estado de necesidad disculpante. El sujeto que al derribar la única puerta de salida de su casa en llamas para salvarse de la muerte por el incendio, lesiona gravemente a un niño que se encontraba detrás de la misma, no actúa bajo un estado de necesidad justificante aunque en abstracto pudiera afirmarse que la vida del sujeto constituye un bien más valioso que la integridad física del niño. Por ello, considero que en el caso del estado de necesidad justificante, el bien sacrificado, de menor valor, no puede ser personalísimo (vgr. la vida, la integridad física, la libertad sexual, la libertad personal), es decir, bienes que son consustanciales con la propia existencia de la persona humana. Dicho de otra forma, en el estado de necesidad los bienes personalísimos deben ser considerados equivalentes entre ellos.

La comprensión de lo expresado anteriormente es importante, porque en el caso del sacrificio de un bien menor su titular no puede oponerse a esa lesión. El capitán del barco que decide arrojar la carga por la borda para estabilizar la nave y salvar a sus tripulantes, actúa bajo un estado de necesidad justificante: sacrifica un bien menor (la propiedad de la mercancía) para salvar el de mayor valor (la vida de los tripulantes). En este caso, el dueño de la mercancía debe soportar el sacrificio de su propiedad. En cambio, en el ejemplo del incendio y la puerta derribada que lastima seriamente al niño, la lesión no necesariamente debe ser soportada. Si el padre del niño detiene la puerta para evitar que caiga sobre él, impidiendo que el habitante de la casa, en peligro de muerte, salga de la misma, estaría actuando en legítima defensa de su hijo. Evita una agresión injusta, aunque sea explicable la actitud del sujeto que trata de evitar el fuego[51].

---

50 En este sentido, Mir Puig, *DP*, págs. 477 y ss -71-.

51 En contra de todo lo afirmado anteriormente, Gimbernat considera que el estado de necesidad, en el supuesto de colisión entre bienes o deberes iguales, también constituye una *causa de justificación* (<<El estado de necesidad: un problema de antijuricidad>>, págs. 218 y ss; <<Prólogo a la obra de Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*>>, págs. 22 y ss). Según Larrauri, "las eximentes que contengan un límite normativo <<mal menor o igual>>…debieran tener la consideración de comportamientos autorizados" (<<Causas de justificación: criterios de identificación>>, pág. 89). Igualmen-

En este punto también debe aclararse que en el caso de *colisión de deberes* de diferente importancia, el incumplimiento del deber menor para salvaguardar el mayor, estaríamos ante un caso de estado de necesidad justificante[52]: el médico decide dejar de atender al paciente que sufre una gripe para atender a quien llega al hospital herido de bala y en peligro inminente de muerte[53]. En todo caso, la relevancia de la infracción del deber se vincula al bien jurídico que está en juego[54].

Aunque la ley hable de "salvar la propia persona o la de otro", consideramos que por analogía (*pro reo*) debe extenderse el estado de necesidad a la protección de cualquier bien individual.

C- Que el peligro no pueda evitarse de otro modo

En el estado de necesidad, como expresé antes, la situación de peligro "constriñe" a que el sujeto deba reaccionar para proteger su bien. Por lo tanto, su acto debe ser necesario para evitar el peligro, se manifiesta como la única posibilidad, en el caso concreto, de salvaguardar el bien jurídico.

---

te, se pronuncia esta autora a favor de la posibilidad de aceptar un estado de necesidad contra un comportamiento justificado, cuando este represente un mal (Ibídem, págs. 109 y ss).

52 Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en Derecho penal*, págs. 242 y ss.

53 La Sala Constitucional del TSJ determinó la existencia de un estado de necesidad en el caso del médico que realiza una transfusión de sangre al testigo de Jehová objetor de conciencia, cuando se trata del único medio posible para salvarle la vida (Sentencia 1431 del 14 de agosto de 2008).

54 Díez Ripollés plantea el caso de la alimentación forzada del recluso en huelga de hambre, como un caso de colisión de deberes, "entre el deber de actuar del médico dada su posición de garante respecto a la vida y salud del recluso (deber de socorro y auxilio) y el deber de respetar los derechos fundamentales del recluso (libertad, prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes)" (<<La huelga de hambre en el ámbito penitenciario>>, págs. 650 y ss). Por lo tanto, según dicho autor, "...las acciones típicas penales vinculadas a la alimentación forzada en el contexto penitenciario no pueden resultar justificadas a tenor de los intereses plasmados en los deberes contrapuestos concurrentes" (Ibídem, pág. 651).

D.- Que el peligro no haya sido causado voluntariamente por el autor del estado de necesidad

La situación de peligro no debe haber sido provocada de forma voluntaria por el sujeto que actúa bajo el estado de necesidad. Al respecto, se considera que la causación del peligro debe ser intencional para excluir el estado de necesidad: Un sujeto para cobrar el seguro de su apartamento, causa un incendio en el mismo. Además, idea esperar un poco dentro del apartamento en llamas y luego avisar a los bomberos para que lo rescaten, con el objeto de que la estafa sea absolutamente creíble. Sin embargo, el fuego se propaga rápidamente dentro del apartamento, dejando al estafador sin posibilidad alguna de cumplir su plan. Por tal motivo, y ante la imposibilidad de escapar por la puerta principal, salta desde su balcón hacia el apartamento vecino, logrando salvar su vida. En este ejemplo, el sujeto lesiona un bien menor, la privacidad del vecino (entra en su apartamento sin consentimiento), para salvar un bien mayor (su propia vida). No obstante, al haber provocado intencionalmente el peligro no cabe el estado de necesidad, y deberá responder por el delito de violación de domicilio (art. 183 CP).

Ahora bien, si el peligro se ha creado de forma imprudente, no intencional, cabría el estado de necesidad[55]. Partiendo del mismo caso anterior, el incendio lo provoca el sujeto por su torpeza al cocinar, o por un corto circuito causado mientras hacía una reparación eléctrica. En consecuencia, el término "voluntariamente" establecido en la ley debe interpretarse como sinónimo de "intencionalmente".

2. Requisitos subjetivos

Al igual que en la legítima defensa, el autor debe conocer la situación de peligro y querer obrar en consecuencia. La propia ley expresa que el autor obre "constreñido por la necesidad", por lo tanto es lógico que se exija el conocimiento del peligro a quien actúa bajo estado de necesidad. En el ejemplo señalado del sujeto que por su imprudencia al cocinar ocasiona un incendio, corre al balcón y salta a la casa del vecino, comprobando después que las llamas eran muy pequeñas y que el humo exageró la situación, estaríamos ante un caso de error sobre los

---

55 En contra, Mir Puig, *DP*, pág. 480 -78 y ss-.

presupuestos objetivos de una causa de justificación (concretamente, del estado de necesidad), error de tipo como antes expliqué[56].

IV.- Cumplimiento de un deber

Según el artículo 65, numeral 1, no es punible quien obra en cumplimento de un deber. Se plantea entonces lo relativo a la colisión de deberes, particularmente cuando dichos deberes son de igual jerarquía. Efectivamente, si son de la misma importancia, y el cumplimiento de uno de ellos conlleva el desconocimiento del otro, estaremos ante una causa de justificación. Supuesto del médico que debe decidir en cuál de los dos pacientes en peligro de muerte, trasplantar el único órgano disponible en el hospital. La doctrina sostiene que ente caso debe dejarse al criterio del obligado cuál deber cumplirá, y siempre constituirá una causa de justificación[57]. No obstante, considero que la decisión del obligado podría valorarse conforme a un juicio *ex ante*, tomando en cuenta la posición del autor. Si un médico medio hubiese optado por el paciente cuyas condiciones vitales ofrecieran mejores posibilidades de aceptar el trasplante, la decisión estaría justificada únicamente en caso de que se actúe de acuerdo a tal modelo ideal. Ahora bien, si el médico escoge la opción contraria a ese modelo, respondería penalmente por una omisión imprudente o, a lo sumo, se trataría de un caso de inculpabilidad. Así, el médico que decide trasplantar el órgano a su hijo en peligro de muerte, aunque de antemano sabía que otro paciente en estado crítico tenía más posibilidades de supervivencia. Únicamente se considerará la decisión libre del obligado, como factor exclusivo, cuando las circunstancias que rodean dicha decisión sean similares.

---

56 Según Cerezo Mir, los requisitos para el estado de necesidad deben concurrir de modo objetivo, y el análisis de algunos de ellos, concretamente la existencia de un peligro concreto, la inminencia del mal, y el carácter evitable de ese mal por otro procedimiento menos perjudicial, debe realizarse conforme a un juicio *ex ante*, situándose el juez en la posición del sujeto activo en el momento en que se disponía a realizar la acción típica (<<Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del número 7 del artículo 8° del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes>>, pág. 203).

57 Cuerda Riezu, *La colisión de deberes*…, pág. 242.

V.- Ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo

El artículo 65 CP, numeral 1, expresa que no es punible quien obra "en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, sin traspasar los límites legales". El ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación, se refiere a un auténtico derecho, a una facultad jurídica mediante la cual se permite realizar un acto típico. El mismo abarca:

1. Las llamadas *vías de hecho*, en las que el titular ejerce un derecho en una determinada situación, incluso de modo coactivo[58]. Por ejemplo, la persona encuentra su vehículo hurtado una semana atrás, estacionado en la calle, y para recuperarlo decide usar la copia de la llave, encenderlo y llevárselo. En este caso, se trata de un auténtico ejercicio legítimo de un derecho. Igualmente, podría plantearse como una vía de hecho los dispositivos de defensa de la propiedad (cercas de alambres, rejas con electricidad, etc.). Como afirmé antes, el dueño de una propiedad tiene el derecho de restringir o impedir la entrada a la misma a través de un medio proporcional.

2. Igualmente, se alude a la *potestad de corrección de los padres sobre los hijos*[59]. La autoridad de los padres puede implicar la comisión de actos típicos que se justifican por la labor pedagógica y educativa que cumplen, fines que constituyen a su vez los propios límites de la potestad de corrección. Que el padre decida no dejar salir el fin de semana al hijo bajo su custodia porque reprobó los exámenes del colegio, pudiera constituir una auténtica privación de libertad. Sin embargo, ese acto posiblemente típico se encuentra justificado por la labor correctiva del castigo. Obviamente, si el padre prohíbe a su hijo menor de 18 años, salir de casa durante varios meses como castigo, estaríamos ante un exceso en la corrección, se traspasarían los límites del ejercicio legítimo de la autoridad[60]. El propio artículo 66 CP regula las consecuencias jurídicas cuando quien ejerce un derecho, autoridad, oficio o cargo, se excede en su ejercicio.

---

58 Sobre esto, Mir Puig, *DP*, págs. 495 y ss -35-.

59 Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 292.

60 Al respecto, ídem.

3. *Lesiones en prácticas deportivas*. La doctrina desarrolla el tema de las lesiones en prácticas deportivas, dentro del llamado ejercicio legítimo de un derecho[61]. En relación a este asunto, debe hacerse la siguiente distinción:

A.- Casos de irrelevancia penal (criminalidad de bagatela): Abarca los supuestos en que existe una infracción a la norma jurídico-penal, y obviamente del reglamento deportivo, sin embargo es muy leve la lesión o el peligro causado en el objeto del bien jurídico. Por ejemplo, los insultos entre jugadores rivales durante la competición, una patada o empujón al jugador contrario en el partido de fútbol, sin mayores consecuencias, o el pelotazo dado intencionalmente por el pitcher en la pierna del bateador sin que implique un daño grave, constituyen hechos tolerados socialmente, situaciones que la sociedad considera parte del propio espectáculo deportivo[62]. Incluso, los participantes aceptan estas conductas como parte del juego, de allí que no lleguen a ventilarse ante los tribunales, aunque se infrinjan normas deportivas y del ordenamiento jurídico-penal.

B.- Adecuación social de la conducta: En el supuesto anterior, la tolerancia social se fundamenta en la poca importancia del resultado producido. Ahora bien, podría darse el caso de la causación de un resultado grave pero derivado de una actuación del autor en el marco del reglamento respectivo: un boxeador mata a otro de un golpe en el curso de un combate, golpe propinado según las reglas de la actividad; dos jugadores en un partido de fútbol saltan a cabecear el balón, impactando las cabezas entre sí, produciéndose una mortal hemorragia cerebral en uno de ellos. Estos casos no se imputarían objetivamente a su causante, por tratarse de riesgos admitidos socialmente. La actividad deportiva implica esta clase de riesgos, de allí su no imputación pues se entiende que forman parte de una actividad beneficiosa para la sociedad[63]. La muerte del boxeador deriva de la actividad deportiva,

---

61 Ibídem, págs. 294 y ss.

62 Para Roxin, estos casos cabrían en el riesgo permitido (*AT*, vol. I, pág. 1102 -108; *DP*, pág. 1034 -101-).

63 Así, García Valdés, <<Responsabilidad por lesiones deportivas>>, págs. 976 y ss.

al igual que la grave lesión del futbolista deviene de un encontronazo propio del partido.

Según lo explicado hasta ahora, el hecho es atípico cuando se crea una lesión, o peligro, irrelevante, aun cuando el autor infrinja las normas de la actividad deportiva y las jurídico-penales. Igualmente, será atípico si el autor obra conforme a las normas, aun cuando se derive de la práctica del deporte una grave lesión del bien jurídico (vida, integridad física, etc.). Lo expuesto opera en el ámbito objetivo del tipo, es decir, en estos casos carece de importancia el dolo del autor. El boxeador que con intención de matar, o con rabia, golpea la cara del adversario, tratándose, sin embargo, de una conducta o acción permitida por la disciplina deportiva, o adecuada socialmente, no incurren en el hecho típico de homicidio.

C.- Casos punibles: Los casos de lesiones deportivas que ameritan una respuesta penal suceden cuando se cruzan las variables expuestas anteriormente, es decir, cuando el autor obra objetivamente en contra del ordenamiento jurídico y, además, ocasiona una grave lesión del bien jurídico[64]. Por ejemplo, el futbolista que al saltar a cabecear el balón aprovecha la circunstancia y golpea intencionalmente con su codo el rostro del contrario, causándole graves fracturas y daños cerebrales. Dándose las variables mencionadas, tiene sentido entonces pasar a considerar el aspecto subjetivo del hecho, es decir, determinar el dolo del autor. En efecto, podría darse el caso de la concurrencia de la conducta prohibida que produce la lesión de relevancia, sin que el autor haya obrado dolosamente. Así, el boxeador intenta golpear a su contrincante cerca del cinturón, sin embargo al calcular mal le golpea en los genitales causándole una grave lesión. También, en el juego de beisbol, el pitcher intenta lanzar la pelota cerca del cuerpo del bateador, para amedrentarlo, pero lo hace de manera muy riesgosa causándole una peligrosa lesión en el rostro. En estos tres casos, los autores actúan sin dolo, pero infringen el deber de cuidado y causan un daño grave.

4. En la ley se contempla como causa de justificación la conducta de quien actúa en *ejercicio de un oficio*. En efecto, de determinadas profesiones se derivan facultades que permitirán, usualmente, la po-

---

64 En este sentido, Roxin, *AT*, vol. I, pág. 1069 -20-; *DP*, pág. 1004 -20-.

sible lesión de un bien jurídico. Así, el abogado que en pleno juicio revela la enfermedad que sufre la contraparte como medio de defensa de su cliente, o da a conocer la relación sentimental secreta que tenía el demandante, lo cual pudiera afectarle en su honor, como coartada favorable a su cliente[65].

5. El CP también hace referencia al *ejercicio de la autoridad*, aspecto que plantea lo relativo al uso de la fuerza pública. Si bien las autoridades pueden recurrir al uso de la coacción, esta debe enmarcarse dentro de lo establecido por la CN y la ley respectiva. Al respecto, del derecho a la seguridad que establece el artículo 55 CN, se deriva el deber de los órganos de seguridad de garantizar la protección de los ciudadanos ante "situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física…sus propiedades, el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes"[66]. Por otra parte, dicho artículo expresa, en su último párrafo, que los cuerpos de seguridad deben respetar la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. En tal sentido, el artículo 68 de la LOSPCPNB expresa que el uso de la fuerza "estará orientado por el principio de afirmación de la vida como valor supremo constitucional y legal, la adopción de escalas progresivas para el uso de la fuerza en función del nivel de resistencia y oposición de la ciudadana o ciudadano". En todo caso, dispone la referida ley, que "el uso de la fuerza mortal solo estará justificado para la defensa de la vida del funcionario o funcionaria policial o de un tercero"[67].

Igualmente, expresa el citado último párrafo del artículo 55 CN, que el "uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad está limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad". Además, el artículo 68

65 En esta línea, Arteaga Sánchez, *DP*, págs. 304 y ss.

66 Así, la Sala de Casación Penal del TSJ (Sentencia 134, del 11 de mayo de 2010), considera que la actuación policial para defender la vida de otro o evitar un robo, que causa la muerte o lesión del agresor, sin excederse de los límites legales, encuadraría en la figura del cumplimiento de un deber.

67 Censurable la sentencia 1026 de la Sala de Casación Penal (25 de julio de 2000), que aprecia la concurrencia del cumplimiento de un deber en el caso de un funcionario policial que disparó contra una persona que desacató la voz de alto (Vid. al respecto, el voto salvado a dicha sentencia del magistrado Jorge Rosell).

de la Constitución establece la prohibición de usar "armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas".

VI.- Obediencia legítima y debida

Dispone el numeral 2 del artículo 65 CP la no punibilidad de quien "obra en virtud de obediencia legítima y debida". Este supuesto se refiere a estructuras jerárquicas donde exista un deber de obediencia por parte del subordinado respecto al superior, por lo tanto alude especialmente a funcionarios del Estado. Esta causa de justificación se aplica al subordinado, es decir, a quien tiene el deber de cumplir la orden por razón de su función.

Con relación a lo anterior, la doctrina penal plantea dos posiciones interpretativas distintas: según la primera, basta que la orden tenga *apariencia de legalidad* para que ella ampare al inferior jerárquico, caso en el cual estaremos ante una causa de justificación (teoría de la apariencia)[68]. Una segunda posición exige la *validez intrínseca del acto*, la validez jurídica de la orden, para que ello pueda justificar la actuación del inferior[69].

Desde mi punto de vista, basta la apariencia de legalidad de la orden para que se justifique el acto del subordinado. En este caso, como expresa el propio numeral 2, responderá aquel que haya dado la orden ilegal. Deben entonces distinguirse los siguientes supuestos: a.- Si la orden es manifiestamente ilegal, no podrá ampararse el subordinado en un supuesto deber de obediencia. Por ejemplo, si el jefe de la policía ordena a un subordinado buscar al peligroso delincuente y matarlo cuando duerma, de ejecutarse esa orden ambos responderían penalmente. Asimismo, el director de la cárcel que ordena a los guardias del penal disparar a matar contra todo recluso que intente fugarse. Órdenes manifiestamente ilegales como estas nunca podrían amparar al subordinado que las ejecuta.

En cambio, cuando la orden no es manifiestamente ilegal, opera la estudiada causa de justificación[70]. Cabe el ejemplo sobre la autoría

---

68 Al respecto, Mir Puig, *DP*, págs. 505 y ss -65 y ss-.

69 Así, Arteaga Sánchez, *DP*, pág. 307.

70 Sobre esto, opina Morillas Cueva que "el error vencible sobre la criminalidad del mandato en la mayoría de los supuestos, dado el poder de examinar la orden que defendemos en el subordinado, no eximirá la responsabilidad crimi-

mediata, referido en su momento, en el cual un juez y un fiscal siguiendo órdenes del gobierno forjan una serie de pruebas para privar de libertad a un incómodo periodista, dando a continuación la orden de detención a un funcionario de los cuerpos de seguridad del Estado para su ejecución, quien no conoce que la orden se fundamenta en un hecho falso. El funcionario subordinado, al cumplir la orden injusta pero aparentemente legal, actuaría bajo una causa de justificación. Basta la apariencia de legalidad (*teoría de la apariencia*) para que se justifique el acto del subordinado. En modo alguno debe requerirse que la orden sea intrínsecamente válida.

En este sentido, establece el artículo 397 COJM, numeral 1, que no es punible quien "obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior". Y en el numeral 3 del mismo artículo, se afirma la no punibilidad cuando se obra "en virtud de obediencia legítima y debida, siempre que sea ejecutada la orden en los términos en que fue recibida", agregándose que para la determinación del "grado de culpabilidad en la ejecución de las órdenes, estas deben ser dadas por escrito, salvo imposibilidad debidamente comprobada".

Por otro lado, el propio COJM se refiere a la *responsabilidad especial del superior jerárquico*, mediante una disposición general que le responsabiliza si el delito se comete por orden de servicio. Así, según el primer párrafo del artículo 394 cuando "...se haya cometido un delito por una orden del servicio, el superior que la hubiere dado es el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en la cual serán responsables todos los concertados". La primera parte de esta última disposición debe interpretarse en el sentido de que la orden de servicio no sea manifiestamente inconstitucional, ya que en este caso la orden nunca excusaría, o justificaría, a quien la ejecute. La alusión al concierto previo se entiende como referencia a la coautoría y a cualquier modalidad de participación criminal, siendo necesario determinar en el caso concreto, el respectivo grado de esa participación a los fines de distinguir la pena aplicable.

El citado artículo 394 COJM agrega un segundo párrafo en virtud del cual el subordinado, fuera del caso de concierto previo con el supe-

nal de éste; en otros, los menos, será causa de exclusión por obediencia debida" (*La obediencia debida. Aspectos legales y políticos-criminales*, pág. 152).

rior, señalado anteriormente, "...será responsable como cómplice, si se hubiere excedido en su ejecución, o si tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no lo hubiere así advertido al superior, de quien recibe la orden". El final de ese párrafo contradice lo establecido en la primera parte del art. 394, ya que si el subordinado advierte que la orden constituye un delito y sin embargo la ejecuta, deberá ser sancionado como autor del mismo. La sola advertencia al superior, no cambia su carácter de autor en caso de ejecutar la orden ilegal.

CAPÍTULO X
LA CULPABILIDAD

Bibliografía concreta citada

Arteaga Sánchez, Alberto: *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975; Frank, Reinhard: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* -trad. de Aboso y Löw-, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2000; Gimbernat, Enrique: <<¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?>>, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 140 y ss; Irazu Silva, José Luis: <<Implicaciones de la consideración del adolescente como sujeto de derecho en el ámbito de lo sustantivo y procesal penal>>, en Cornieles-Morais (coords.), *VII Jornadas de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*, UCAB, Caracas, 2006, págs. 225 y ss; Jakobs, Günther: <<Culpabilidad y prevención>> -trad. de Suárez González-, en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, UAM-Civitas, Madrid, 1997, págs. 73 y ss; Modolell González, Juan Luis: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Liber, Caracas, 2008 -segunda edición-; del mismo: <<La problemática del error en materia penal-tributaria>>, en, *Impuesto sobre la renta e ilícitos tributarios. VI Jornadas venezolanas de Derecho tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, págs. 429 y ss; del mismo: <<Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal>>, en Parra Aranguren (Edit.), *Anteproyecto código penal -comentarios-*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, págs. 437 y ss; del mismo: << Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afro-americano)>>, en Hurtado Pozo (Dir.), *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*, Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo (Suiza), Lima-Friburg, 2007, págs. 273 y ss; Morais, María Gracia: <<La ejecución de las medidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente>>, en Cornieles (coord.), *Primer año de vigencia de la LOPNA (Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente)*, UCAB, Caracas, 2001, págs. 366 y ss; Muñoz Conde, Francisco: <<La creencia errónea de estar obrando lícitamente>>, en, del mismo autor, *El error en Derecho pe-*

nal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 19 y ss; Sandoval, Miguel Ángel: <<Sistema penal de responsabilidad del adolescente>>, en Morais (coord.), *Introducción a la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*, UCAB, Caracas, 2000, págs. 357 y ss; del mismo autor, <<Nuevo Derecho penal del adolescente>>, en Cornieles (coord.), *Primer año de vigencia de la LOPNA…*, cit., págs. 325 y ss; Welzel, Hans: *El nuevo sistema del Derecho penal* -trad. de Cerezo Mir-, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001; Zaffaroni, Eugenio: <<La culpabilidad en el siglo XXI>> en, del mismo autor, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1992, págs. 89 y ss.

Una vez configurado el injusto penal, debe ser atribuido *personalmente* al autor en razón de la relación concreta de este con la norma. Este elemento del delito se denomina *culpabilidad*, y constituye un reproche personal por el injusto realizado. Además, la pena depende de ese reproche: si el sujeto es culpable se le aplicará una pena, si no es culpable pudiera aplicarásele, en principio, una medida de seguridad.

I.- Evolución dogmática

1. En el marco de la teoría clásica del delito**,** von Liszt definía la culpabilidad como "la relación subjetiva entre el acto y el autor"[1], concebida desde un punto de vista psicológico: "la relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser *psicológica*; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en *consideración valorativa* (normativa). Según ella, el acto culpable es la *acción dolosa o culposa del individuo imputable*..."[2]. Para este autor, el "juicio de culpabilidad" implicaba dos elementos: a.- La imputabilidad, y b.- La imputación del acto, culpabilidad que "se da cuando el autor *conocía* la significación antisocial de su conducta…, o cuando hubiese *podido y debido conocerla*…; es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social. De este modo quedan fijados los fundamentos de las dos especies de culpabilidad, el dolo y la culpa"[3]. Por lo tanto, si el sujeto actuaba dolosamente o de forma culposa, necesariamente debía ser responsable (culpable) del hecho.

---

1 *Tratado*, tomo II, pág. 388.

2 Ídem.

3 Ibídem, pág. 389.

Esta teoría fue fácilmente cuestionada. En tal sentido, se le rebate que una persona puede actuar dolosamente y no ser culpable, lo cual ocurre en el estado de necesidad disculpante. En el caso de la tabla de Carnéades, donde uno de los náufragos mata al otro para asirse de la tabla que sólo soporta el peso de una persona, el que logra salvarse actúa dolosamente, pues es evidente su intención de matar. Sin embargo, no sería culpable porque el Derecho penal no puede exigir actos heroicos, por el contrario, "entiende" la acción del superviviente aunque no la justifique (no exigibilidad de otra conducta). Esta solución no podría explicarse mediante la referida teoría psicológica de la culpabilidad, de v.Liszt[4]. También falla la teoría psicológica en la explicación del delito culposo, concretamente en el caso de la llamada culpa inconsciente, donde el autor es responsable penalmente aunque no exista vínculo psicológico alguno entre él y su hecho. En este supuesto, el autor responde porque infringe un deber de cuidado. La culpa tiene un carácter esencialmente normativo, incluso en el caso de la culpa consciente, porque al autor solo se le puede imputar lo que era previsible para un hombre medio. Ello, estrictamente hablando, tampoco podría explicarse mediante una visión psicológica de la culpabilidad[5].

2. Dentro de una visión valorativa del delito, Frank crea la *teoría normativa de la culpabilidad* (1907). Partiendo de las señaladas críticas a la teoría psicológica, este autor fundamenta la culpabilidad en una relación de carácter normativo. La esencia de la culpabilidad sería la reprochabilidad, siempre y cuando concurran una serie de elementos, concretamente la imputabilidad, el dolo o la culpa, y la normalidad de las circunstancias bajo las cuales actúa el sujeto[6]. Según esta forma de entender la culpabilidad, el dolo y la culpa serán *elementos* de la misma, sin que constituyan la *total* culpabilidad.

3. Por su parte, Welzel va más allá y entiende la culpabilidad como un elemento de carácter exclusivamente normativo (*concepto normativo puro de la culpabilidad*). Así, la culpabilidad constituye un juicio de reproche exclusivamente normativo, personal, que se hace al autor por

---

4 Mir Puig, *DP*, pág. 536 -10-; Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, pág. 30.

5 Mir Puig, *DP*, pág. 536 -9-.

6 *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, págs. 39 y ss.

haber podido actuar conforme a Derecho y, sin embargo, no haberlo hecho: "la acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. En esta doble relación del no *deber* ser antijurídica por *poder* ser jurídica, consiste el carácter específico del reproche de culpabilidad"[7]. El autor es culpable por "no haber actuado correctamente a pesar de haber *podido* obrar conforme a la norma"[8]. Partiendo de esta premisa, sostiene Welzel que se "excluyen del concepto de culpabilidad los elementos anímicos subjetivos, y conserva únicamente el criterio de la culpabilidad"[9]. En consecuencia, no forman parte de la culpabilidad el dolo y la culpa, elementos del tipo.

4. Modernamente, la doctrina alude a la llamada *culpabilidad funcional,* por su vinculación con los fines de la pena. Así, para Roxin la responsabilidad del autor se fundamenta en la propia culpabilidad y en lo que denomina "necesidad preventiva" de la sanción penal[10]. El autor será culpable cuando realiza el injusto penal "pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho"[11].

Por su parte, sostiene Jakobs, partiendo de que la pena tiene como fin mantener la confianza en la norma (ejercitar el reconocimiento general de la norma), que la culpabilidad determina el déficit de motivación jurídica del individuo (motivación no conforme a Derecho)[12]: "La conjunción de los elementos que han de realizarse para poder determinar la deslealtad al Derecho del autor, es decir, la motivación jurídicamente incorrecta y la responsabilidad del autor por ello, constituye el tipo de culpabilidad"[13]. En sentido similar, considera Kindhäuser que la persona es culpable si se requiere su castigo por el fin de prevención

---

7 *El nuevo sistema del Derecho penal*, pág. 125; *DP*, pág. 166.

8 *El nuevo sistema del Derecho penal*, pág. 126.

9 *DP*, pág. 168; *El nuevo sistema del Derecho penal*, pág. 131.

10 *AT*, vol. I, pág. 852 -3-; *DP*, pág. 792 -3-.

11 Ídem; *AT*, vol. I, pág. 852 -3-.

12 *AT*, págs. 480 y ss -18-; *DP*, págs. 579 y ss -18-.

13 Ibídem, pág. 596 -43-; *AT*, pág. 493 -43-.

general de la pena, vinculado a garantizar el cumplimiento colectivo de normas legítimas[14].

II.- Culpabilidad como reproche jurídico-penal

La culpabilidad es un juicio de reproche exclusivamente jurídico, no moral o religioso. En el caso citado de la tabla de Carnéades, supuesto de estado de necesidad disculpante, pueda que exista un juicio negativo desde la perspectiva de una religión particular o de la moral, pero en absoluto desde el punto de vista jurídico-penal. El derecho no puede exigir actos heroicos, de allí que *entienda*, aunque no justifique, la situación del náufrago desesperado que mata para poder sobrevivir.

Es de recalcar que se realiza el juicio de reproche culpabilístico, solo cuando previamente exista un hecho típico y antijurídico, un injusto penal. Si una persona actúa en legítima defensa, no cabe analizar si es culpable o no. Vgr., el niño de once años que se defiende exitosamente de una persona que lo agrede injustamente, causando una lesión al atacante. En este caso, no tiene sentido analizar la imputabilidad del menor, elemento de la culpabilidad, ya que no se configura un injusto penal.

III.- Fundamento de la culpabilidad como elemento del delito.

Una primera forma de fundamentar el juicio de culpabilidad alude a la *libertad del sujeto*, a su *libre albedrío*. La persona será culpable en la medida en que actúe libremente, si opta por realizar el delito pudiendo no hacerlo. Al respecto, se alega que el libre arbitrio es un concepto indemostrable[15]. Además, ¿hasta qué punto las personas no están influidas por su entorno social, disminuyéndose al mínimo su capacidad de decisión?[16] ¿Existe el libre albedrío en el integrante de una organización

14 *AT*, págs. 175 y ss -8-

15 Roxin, *AT*, vol I, pág. 860 -21-; *DP*, pág. 799 -19-; Mir Puig, *DP*, pág. 544 -40-. Ya v. Liszt se oponía a esta fundamentación, defendiendo el determinismo del ser humano (Tratado, tomo II, pág. 389). No obstante, afirma Roxin que el determinismo es igualmente no verificable e inviable (AT, vol I, pág. 860 -21-; *DP*, pág. 799 -19-).

16 En este sentido, Mir Puig, *DP*, págs. 544 y ss -40-.

delictiva dedicada al narcotráfico? En todo caso, el juicio de culpabilidad sustentado en la libertad de la persona no se sostiene hoy sino minoritariamente[17]. Sin embargo, el CP en el artículo 62, al referirse a la enfermedad mental como causa de irresponsabilidad, requiere que el sujeto esté privado de la conciencia o "de la *libertad* de sus actos"[18].

Otra fórmula basa la culpabilidad en la *prevención general positiva*. En tal sentido, afirma Jakobs que "la determinación de la culpabilidad bajo la aplicación del Derecho penal vigente, consiste en la fundamentación de la necesidad de punir en una determinada medida, para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho; la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general entendida de este modo…, y se mide conforme a dicha prevención"[19]. La prevención no se vincula a la socialización o intimidación del autor, sino a la "garantía de aquellas expectativas cuya firmeza frente a la defraudación necesita el ordenamiento para su mantenimiento"[20]. La culpabilidad se vincula con la necesidad de preservar la confianza en la norma[21].

Incluso, se ha basado la culpabilidad en la *particular situación social del autor del delito*. Así, sostenía Zaffaroni un concepto de culpabilidad "a partir de la vulnerabilidad que la persona ofrece al poder punitivo"[22]. Esa vulnerabilidad se relaciona con la mayor posibilidad de ser castigado por el Estado, siendo más vulnerable la persona en la medida en que su situación particular coincida con la del estereotipo del delincuente, que Zaffaroni asocia a la condición social[23]. Por lo tanto, concluye, si el sujeto es más susceptible a la aplicación de la pena por razón de su

---

17 Vid. Gimbernat, <<¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?>>, págs. 142 y ss.

18 En Venezuela, Arteaga Sánchez fundamenta la imputabilidad en la libertad del ser humano, lo cual pudiera ser extendido a la culpabilidad en general (Vid. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, págs. 100 y ss). En sentido similar, Maggiore, DP, vol. I, págs. 487 y ss.

19 <<Culpabilidad y prevención>>, pág. 78.

20 Ibídem, pág. 91.

21 Ibídem, págs. 98 y ss.

22 <<La culpabilidad en el siglo XXI>>, pág. 110.

23 Ibídem, págs. 110 y ss.

situación social, el juez tendrá un ámbito mayor para aplicar una rebaja de la misma[24].

Considero que el juicio de culpabilidad se basa en la posibilidad de ser motivado *en concreto* por la norma[25]. La pena cumple una función de prevención general, que el Estado intenta lograr, fundamentalmente, mediante la amenaza normativa general (prevención general negativa)[26]. Solo así pudiera lograrse la protección de bienes jurídicos. Pero ese mandato, dirigido a todos los destinatarios, debe concretarse en un sujeto que sea capaz de recibir el mensaje, un sujeto "motivable". El juicio de reproche que se traduce en la posibilidad de motivación, se basa en las circunstancias que permitieron al sujeto concreto que cometió el injusto, haber captado el mensaje normativo[27]. Por lo tanto, no serán culpables aquellas personas que carezcan de dicha capacidad de motivación. Así, por ejemplo, amenazar con la pena a un enfermo mental grave carece de sentido ya que no tiene capacidad de ser motivado.

En resumen: el mensaje normativo, la amenaza penal, debe concretarse en personas que puedan captarlo. Para ello, como medio de protección de bienes jurídicos, se dirige a todas las personas habitantes del territorio de un Estado determinado. No obstante, mientras que en el ámbito del injusto (tipo y antijuricidad), el carácter prohibido de la conducta se determina según lo que el sujeto medio, el sujeto ideal, pudo (y debió) haber tenido en cuenta al actuar[28], es a nivel de la culpabilidad donde se valorará la concreción de esa motivación[29].

---

24 Ibídem, pág. 111. De forma más clara, actualmente Zaffaroni pareciera admitir la vulnerabilidad como una causa de atenuación de pena, defendiendo la culpabilidad por el acto como esencia de la culpabilidad: motivación y ámbito de decisión del autor (*DP*, págs 1050 y ss).

25 En este sentido, Roxin, *AT*, vol. I, pág. 868 -36-; *DP*, pág. 807 -34-; Mir Puig, *DP*, pág. 547 y ss -46 y ss-.

26 Modolell, Bases *fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, pág. 296.

27 Roxin, *AT*, vol. I, pág. 868 -36-; *DP*, pág. 807 -34-.

28 Así, Modolell, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, págs. 288 y ss.

29 Ibídem, págs. 289 y ss.

Dicho lo anterior, los elementos de la culpabilidad dependen precisamente de la capacidad de que la persona sea motivable, y en tal sentido serán los siguientes: a.- unas condiciones psíquicas y de madurez mínimas para poder captar el mensaje normativo (imputabilidad); b.- el conocimiento de la prohibición, de la norma motivadora (conocimiento de la antijuricidad); y, c.- la situación externa de normalidad para decidir infringir la norma (normalidad del acto volitivo).

IV.- Elementos de la culpabilidad

1. Imputabilidad

Para que el sujeto sea responsable deben existir unas condiciones psíquicas y de madurez mínimas, que le permitirán captar el mensaje normativo. Las causas que excluyen dicho elemento, causas de inimputabilidad, serían *la niñez* y *la enfermedad mental*.

En efecto, establece la LOPNNA que los niños (personas menores de doce años) no pueden ser sujetos de medidas represivas de ningún tipo, sino de medidas de protección (art. 532). Por su parte, esta ley establece que el adolescente "que incurra en la comisión de hechos punibles responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone" (art. 528). A su vez, adolescente es la persona que tenga más de doce años y menos de dieciocho (art. 2 LOPNNA). La ley considera, entonces, que el adolescente es objeto de una auténtica sanción penal basada en su responsabilidad[30].

---

30 Para Sandoval estas sanciones son auténticas penas, basadas en un fin retributivo y, adicionalmente, en la prevención especial (<<Nuevo Derecho penal del adolescente>>, pág. 332; también, del mismo autor, <<Sistema penal de responsabilidad del adolescente>>, págs. 358 y ss). En cambio, Morais las califica de medidas de seguridad postdelictivas, de finalidad educativa (<<La ejecución de las medidas en la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente>>, págs. 367 y ss). Para Irazu, el adolescente puede delinquir, y se le aplican sanciones con finalidad educativa (<<Implicaciones de la consideración del adolescente como sujeto de derecho en el ámbito de lo sustantivo y procesal penal>>, pág. 231). Considero que debe diferenciarse entre el fin de la sanción, que podría ser de carácter educativo, y el fundamento para la aplicación de la misma, que, según la letra de la ley, sería la culpabilidad del adolescente.

Es importante señalar que, de concurrir el estado de niñez con otra causa de posible inculpabilidad, esta última debería analizarse previamente si no implica una medida de restricción de la libertad. En efecto, la inimputabilidad por ser niño pudiera acarrear una limitación de la libertad, que debe descartarse si se acepta la relevancia de otro supuesto de inculpabilidad menos gravoso. Por ejemplo: un niño de once años que habita en un aislado pueblo, fotocopia un libro sin autorización del autor para ganar dinero con la divulgación, desconociendo por su escasa cultura que pudiera tratarse de una conducta prohibida penalmente. En este caso, debería excluirse la culpabilidad por el error de prohibición y no porque la persona sea inimputable, en razón de que la niñez como eximente de pena es susceptible de acarrear medidas de protección, que igualmente suponen una injerencia en la libertad. En suma, siempre que concurran causas de inculpabilidad deben valorarse primeramente aquellas que no impliquen una medida de seguridad o alguno de sus sucedáneos, como podría ser el caso de las causas de inimputabilidad.

El otro supuesto de inimputabilidad es la *enfermedad mental*. Al respecto, expresa el art 62 CP que no es punible quien ejecute la acción "hallándose dormido o *en estado de enfermedad mental suficiente* para privarlo de la conciencia o libertad de sus actos". En vista de que la inconsciencia acarrea la ausencia de conducta, ese término debe ser vinculado a la expresión "hallándose dormido", mientras que la ausencia de libertad de los actos se refiere a la enfermedad mental[31]. La fórmula utilizada por el legislador alude tanto a la causa (enfermedad mental) como a su consecuencia ("suficiente para privarlo de la…libertad de sus actos")[32]. Dicha expresión es lo suficientemente amplia para no restringir el concepto de enfermedad mental a las psicosis, única enfermedad mental en sentido estricto[33], pudiendo abarcar igualmente el retardo

31 Pareciera considerar tanto la pérdida de consciencia como de la libertad de los actos, efectos que acarrean la inimputabilidad, la STSJ 393 del 31 de marzo de 2000 (Sala de Casación Penal).

32 La STSJ 896 del 27 de junio de 2000 (Sala de Casación Penal), sostiene que no basta la existencia de la enfermedad mental, ya que se requiere la presencia de los efectos señalados en el art. 62 CP (pérdida de la conciencia o de la libertad de los actos).

33 Mir Puig, *DP*, pág. 575 -24-.

mental (oligofrenia). A todo evento, la enfermedad mental se valora en función de la consecuencia que acarrea: privar de la “libertad” al autor en el momento de la realización del hecho punible. En este caso, se aplicará una medida de seguridad, concretamente el internamiento en un establecimiento especializado (art. 62 CP, segundo párrafo).

El artículo 63 CP establece una rebaja de la pena cuando “el estado mental…sea tal que atenúe en alto grado la responsabilidad, sin excluirla totalmente”. Este caso de imputabilidad disminuida se aplicaría, por ejemplo, a los supuestos de delitos cometidos durante los intervalos lúcidos de las psicosis, o en el caso de un retraso mental leve.

En el artículo 64 CP se regula lo relativo a la perturbación mental, al momento de realizar el delito, provocada por embriaguez. Así, en el numeral 1 se agrava la pena si se probare que el autor hizo uso del alcohol para “facilitarse la perpetración del delito, o preparar una excusa”. En este caso, la ley no se limita a descartar el estado de perturbación mental y, en consecuencia, a aplicar la pena del correspondiente delito doloso cometido (*actio libera in causa*), sino que la agrava en razón de un acto atípico como la embriaguez.

Por su parte, el numeral 2 dispone que la pena se aplicará sin atenuación cuando “el procesado sabía y era notorio entre sus relaciones que la embriaguez le hacía provocador y pendenciero”. Considero que si el consumo se realizó sin la intención de delinquir, pero el autor conocía, o debió conocer por sus antecedentes, que podía ocasionar un delito, es esta decisión la que constituye el objeto del reproche (*actio libera in causa*), por lo cual su culpabilidad presupondrá la existencia de un tipo culposo (de existir la previsión legal)[34].

Los numerales 3 y 5 del artículo 64 CP optan por atenuar la pena, aunque concurra un estado de perturbación mental no imputable al autor. Así, dispone el numeral 3 que si no fuere probada ninguna de las circunstancias a que se contraen los supuestos de los numerales 1 y 2, citados anteriormente, y resultare probada la perturbación mental por causa de la embriaguez, las penas correspondientes al delito cometido se reducirán a los dos tercios. Y el numeral 5 expresa que si “la embria-

---

34 Modolell, <<Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal>>, pág. 465.

guez fuere enteramente casual o excepcional, que no tenga precedente", las penas correspondientes al delito cometido se reducirán de la mitad a un cuarto. En estos dos casos, es evidente la errónea aplicación de la llamada *actio libera in causa*, ya que no se pudo probar que el sujeto se embriagó para delinquir, o que se embriagó conociendo las posibles consecuencias que podría acarrear dicho estado. Lo único que consta es que el autor se encuentra en un estado de inimputabilidad (falta de "libertad de los actos"), causado por la embriaguez (acto irrelevante penalmente). Por lo tanto, en virtud del principio *in dubio pro reo*, en estos dos supuestos no existe razón alguna para hacer responder al autor que se encuentra perturbado mentalmente a causa del consumo de alcohol, conducta atípica como expresé anteriormente.

Por su parte, la LOCTICSEP, en el numeral 1 del artículo 64, aumenta la pena de un tercio a la mitad, si "se probare que el sujeto ingirió la sustancia estupefaciente o psicotrópica con el fin de facilitar la perpetración del hecho punible o de preparar una excusa". Igualmente, el aumento se fundamenta en una conducta atípica, como es el consumo de estupefacientes, salvo que se interprete que el consumo proporciona una mayor posibilidad de éxito del delito. Correctamente, el numeral 2 establece la exención de pena si "se probare que el sujeto ha perdido la capacidad de comprender o querer, por empleo de alguna de dichas sustancias, debido a caso fortuito o fuerza mayor". No obstante, el numeral 3 de la ley comentada incurre en el mismo error del CP, al mantener la responsabilidad de la persona perturbada mentalmente por el consumo de drogas, cuando "no fuere probada ninguna de las circunstancias a que se contraen las dos reglas anteriores". En este supuesto, la duda debería favorecer al reo, en el sentido de afirmar su inimputabilidad. El numeral 5 de la ley prevé la inimputabilidad disminuida, conforme a las reglas del CP (art. 63), cuando "el estado mental sea tal, que atenúe en alto grado la responsabilidad sin excluirla totalmente".

2. Conocimiento de la prohibición

Para el reproche culpabilístico es esencial que el autor conozca la prohibición. Si la responsabilidad del autor se fundamenta en su relación concreta con el mandato normativo, obviamente uno de los

elementos de ese reproche debe ser el conocimiento de la norma. La ausencia de este elemento se denomina *error de prohibición*.

A.-Evolución dogmática del error de prohibición

La determinación de la naturaleza del error de prohibición no resulta tan sencilla como la del error de tipo. La doctrina penal, a lo largo de todo el siglo XX, exigió que el autor del hecho punible, para ser responsable, debía conocer la "antijuricidad del hecho" o, dicho de otra forma, su prohibición. No obstante, la jurisprudencia y la ley fueron reacias a admitir la relevancia de dicho error, cuestión que se reflejó claramente en las legislaciones penales que incluían un artículo que expresamente señalaba la irrelevancia del desconocimiento de la ley penal. Así, por ejemplo, el CP cuyo artículo 60 expresa que la ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta.

A nivel doctrinal dos teorías han desarrollado, con consecuencias distintas, el llamado error de prohibición. Así, la *teoría del dolo*, según la cual, además de conocer y querer realizar los elementos contemplados en el supuesto de hecho típico, el dolo del autor implica el conocimiento de la prohibición del hecho. Además, como presupuesto de esta teoría, el dolo constituye uno de los elementos de la culpabilidad del autor[35]. Por lo tanto, cuando el autor desconoce la prohibición no hay dolo y, por ende, tampoco culpabilidad[36]. De dicha teoría se desprenden estas importantes consecuencias: a.- Si el error de prohibición (desconocimiento de la prohibición) es vencible, se aplicaría un tipo culposo[37], tratamiento similar al del error de tipo vencible; b.- Se exige un conocimiento actual de la prohibición al momento de la ejecución del hecho[38], es decir, habría que determinar en el caso concreto si el autor efectivamente conocía o no la prohibición. Obviamente, ese reque-

35 Vid. Welzel, *DP*, págs. 189 y ss; del mismo, *El nuevo sistema del Derecho penal,* págs. 162 y ss; Muñoz Conde: <<La creencia errónea de estar obrando lícitamente>>, págs. 25 y s.s.

36 En Venezuela, doctrina dominante. Por todos, Arteaga Sánchez, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, págs. 121 y ss.

37 Welzel, *DP*, pág. 192; del mismo, *El nuevo sistema del Derecho penal*, págs. 166 y ss.

38 Welzel, *DP*, págs. 189 y ss; del mismo, *El nuevo sistema del Derecho penal*, págs. 162 y ss.

rimiento del conocimiento actual acarrea la ampliación de la relevancia de dicho error[39], abriendo así el espacio de impunidad.

Corresponde a Welzel el mérito de haber replanteado el tema del error de prohibición, mediante la *teoría de la culpabilidad*. Así, al ubicar el dolo en el tipo penal, lo definió como "dolo natural", es decir, como un simple conocimiento (y voluntad) de la situación. Mientras que el antiguo componente del dolo llamado "conocimiento de la prohibición", siguió formando parte de la culpabilidad, no se desplazó al tipo junto al dolo[40]. Por lo tanto, si el hecho realizado por el autor era *típico* (y, por lo tanto, existía el dolo), *antijurídico*, pero dicho autor no conocía la prohibición, faltaba entonces únicamente su *culpabilidad*.

De la teoría de la culpabilidad derivan, principalmente, las siguientes consecuencias:

a.-El conocimiento de la prohibición exigido no es un conocimiento actual, sino *potencial*[41] (aquello que *debería* ser conocido por el autor), lo cual a su vez acarrea que el error "burdo" carezca de relevancia, no excuse al autor[42]; b.- Además, como consecuencia fundamental, si el error de prohibición era de carácter vencible no se aplicaría un tipo penal distinto, un tipo culposo, sino que se atenúa la pena del tipo doloso[43]. Se mantiene el propio tipo doloso porque existe el dolo natural, pero se atenúa la pena porque el reproche al autor es menor.

B.- ¿Admisión por la legislación venezolana del error de prohibición?

Dejando de lado la discusión doctrinal, debemos preguntarnos si el error de prohibición es admisible por el Código penal venezolano. Así, el artículo 60 del CP afirma que la ignorancia de la ley no excusa

---

39 Al respecto, ídem.

40 Vid. Welzel, *DP*, págs. 195 y ss; del mismo, *El nuevo sistema del Derecho penal*, págs. 173 y ss.

41 Welzel, *DP*, págs. 195 y ss; del mismo, *El nuevo sistema del Derecho penal*, págs. 174 y ss.

42 Vid. Mir Puig, *DP*, pág. 554 -7-.

43 Welzel, *DP*, pág. 195; del mismo, *El nuevo sistema del Derecho penal*, pág. 174.

ningún delito o falta[44]. Ahora bien, como expresa Arteaga Sánchez siguiendo a Córdoba Roda y a Jiménez de Asúa, conocer la ley no debe asimilarse al conocimiento de la prohibición[45], inclusive puede ser que la persona no conozca la ley pero sí que el hecho está prohibido. En efecto, puede que una persona de escasa cultura ignore la existencia de la ley penal que castiga el delito de robo. Sin embargo, es poco probable que desconozca que esa conducta está prohibida, o reprobada, ya que usualmente lo enseñan durante la infancia, o lo supo por alguien a quien apresaron por haber cometido ese hecho, o se enteró a través de los medios de comunicación que una persona fue capturada por los cuerpos policiales luego de apropiarse de un vehículo ajeno. En definitiva, no debe asimilarse el conocimiento del texto jurídico que establece la prohibición, al conocimiento empírico de la reprobación de una conducta por la sociedad y el Estado. En consecuencia, el citado artículo 60 CP podría interpretarse en el sentido de que la ley penal para su entrada en vigencia, y exigencia, no requiere del conocimiento *de su existencia* por parte de los destinatarios[46].

La interpretación anterior despeja el panorama con relación a la relevancia del error de prohibición en Venezuela. En tal sentido, si el error de prohibición es vencible debe admitirse la solución de mantener el tipo doloso respectivo, pero atenuando la pena por el menor reproche culpabilístico (Welzel). Dicha rebaja cabría perfectamente en el supuesto amplio de atenuación, previsto en el numeral 4 del artículo 74 del CP, que hace referencia a "cualquier otra circunstancia de igual entidad que, a juicio del Tribunal, aminore la gravedad del hecho"[47]. Por su parte, si el error de prohibición es invencible, porque el autor concreto no pudo tener acceso alguno a la norma, la consecuencia sería su inculpabilidad.

---

44 En igual sentido, establece el art. 5 del COJM que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad.

45 Arteaga, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, pág. 129

46 Así, ibídem, págs. 129 y ss.

47 Modolell, <<La problemática del error en materia penal-tributaria>>, pág. 435. Erróneamente considera que el error de prohibición afecta la antijuricidad ("incide en la antijuricidad"), y elimina el injusto, la STSJ 66, del 30 de mayo de 2000 (Sala Plena).

3. Normalidad del acto volitivo

El reproche a la persona por la comisión del injusto penal, supone haber actuado en condiciones externas normales para captar el mensaje normativo. La ausencia de este elemento se denomina "no exigibilidad de otra conducta".

Las causas que eliminan la presencia de este elemento serían el estado de necesidad disculpante y la delincuencia por convicción. En relación a la primera, esa especie de estado de necesidad se caracteriza, como señalé antes (*supra* capítulo IX), en que el conflicto se plantea entre bienes jurídicos personalísimos, lo cual constriñe al individuo a no poder actuar de otra manera. Así, el sacrificio de una vida para salvar otra vida, o de la integridad física para salvar la vida, etc., constituyen auténticos casos de inculpabilidad por la colisión entre bienes connaturales a la propia existencia humana. En estos casos, el Derecho "entiende" la reacción, mas no la justifica, de allí que pueda oponerse una causa de justificación al estado de necesidad disculpante. Por ejemplo, los excursionistas perdidos que no han comido durante varios días se disponen a matar a un compañero que agoniza a causa de la inanición, para alimentarse de su cuerpo y así salvarse de una muerte segura. No obstante, el hermano del agonizante evita su muerte golpeando a los desesperados viajeros. En este caso, estaríamos ante una auténtica legítima defensa, ya que el homicidio del sujeto que está a punto de morir no deja de ser un acto injusto, aunque tenga como motivo la propia supervivencia de los autores. Sobre el resto de los requisitos del estado de necesidad disculpante, remito a lo señalado en el estado de necesidad justificante[48].

En cuanto a la delincuencia por convicción, una internalización acentuada de valores religiosos o culturales, podría conducir a la inculpabilidad del autor que comete un injusto acatando las normas que

---

48 También el estado de necesidad podría concurrir con una causa de (semi) inimputabilidad. Caso de la persona con un leve retardo mental, perdida durante varios días en una montaña lejana, que decide matar a su acompañante agonizante por falta de alimentación, para consumir su cuerpo y sobrevivir. Aquí, debe analizarse previamente si la situación se encuentra abarcada por un estado necesidad, antes de evaluar la existencia de una posible imputabilidad disminuida.

protegen los referidos valores. Me refiero a normas que obligan a la persona a actuar de forma contraria al ordenamiento jurídico del Estado, aun conociendo la norma estatal que prohíbe la conducta. En este caso, afirma Roxin, el autor no puede alegar error de prohibición simple y llanamente porque conoce la norma[49], aunque se admita la posibilidad de una falta de necesidad de pena en orden a fines preventivos (caso de exclusión de la responsabilidad)[50].

Así, los padres, testigos de Jehová, que no permiten la transfusión de sangre necesaria para salvar la vida de su hijo. O el caso del indígena integrado a la sociedad dominante que obra bajo la norma que le dicta su milenaria costumbre que implica, a su vez, una infracción a la ley penal del Estado, la cual también es conocida por el indígena (por ejemplo, relaciones sexuales con menores de edad, delitos medioambientales, uso de sustancias prohibidas con fines medicinales o de otro tipo, cultivo de plantas prohibidas, etc.). El sujeto conoce ambas normas, sin embargo actúa conforme a sus tradiciones, usos y costumbres infringiendo conscientemente la norma del Estado. La solución de este supuesto supone también distinguir dos aspectos: si la norma autóctona que el indígena integrado obedece cumple sus efectos dentro del ámbito de la propia comunidad de origen, estaríamos ante un caso semejante al del indígena no integrado que obra bajo el ejercicio legítimo de un derecho. En cambio, si el acto que realiza el indígena bajo el amparo de la norma de su comunidad de origen tiene repercusión en la sociedad no original[51], entonces debe acudirse a la figura del “delincuente por convicción”[52].

---

49 Roxin, *AT*, vol. I, pág. 934 -15-; *DP*, pág. 868 -15-. Pág. 800 -15-. Otra opinión, Modolell, <<La problemática del error en materia penal-tributaria. Especial referencia al Código orgánico tributario venezolano>>, págs. 439 y ss.

50 Roxin, *AT*, vol. I, págs. 1014 y ss -122 y ss-; *DP*, págs. 950 y ss -122 y ss-.

51 Porque, por ejemplo, lesiona un bien jurídico de una persona ajena a la comunidad indígena, o un interés del cual es titular el propio Estado, o un interés difuso.

52 Al respecto, Modolell, <<Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados…>>, pág. 284.

APÉNDICE
Casos sobre teoría del delito

1.- Antonio sufría de epilepsia, con esporádicos sucesos convulsivos controlados por la medicación que consumía. Aquel día olvidó tomar sus medicinas y condujo su vehículo. En un momento dado, sufre un ataque epiléptico que le hace perder el control del vehículo, atropellando a un peatón que se encontraba en la acera de la calle, quien murió al instante.

2.- Juan conduce su vehículo a velocidad moderada. A cierta distancia observa que un peatón cruza la calle de forma antirreglamentaria. Sin embargo, teniendo tiempo suficiente para frenar, e incluso para esquivar al peatón, no detiene la marcha porque considera que "a él lo asiste el derecho". Como consecuencia de ello, atropella al transeúnte causándole graves heridas que le producen la muerte.

3.- Desde lo alto de un barrio situado a la orilla de la autopista, Pedro y Guillermo "juegan" a lanzar piedras contra los vehículos que circulan por la vía. Son dos niños de 9 años, con pocas posibilidades de acertar. No obstante, Pedro, en un último intento, arroja una piedra que se estrella en el deteriorado parabrisas de un antiguo vehículo que circulaba muy lentamente por el canal derecho de la carretera. El impacto ocasionó que el conductor perdiera el control y colisionara con otros tres vehículos. Producto del accidente, se produjo la muerte de dicho conductor, así como lesiones en los ocupantes del resto de los carros.

4.- Irritado por la calificación que le colocó su profesor en el examen, un alumno vierte en el café que tomará aquel, una cantidad considerable de azúcar con el fin de "estropearle" la bebida. El profesor, con fama de despistado y abstraído del mundo real, preocupado por sus investigaciones científicas, no se percata de la travesura del mal

estudiante, y se toma el café mientras lee un artículo científico de especial interés, sin percatarse del sabor. El estudiante vengativo observándole de lejos, se asombra por la ausencia de reacción del académico. El reprobado alumno esperaba que escupiera el café, o al menos gritara por el mal sabor. No obstante, esa noche el profesor sufre una crisis diabética, enfermedad que padecía desde niño, siendo internado en el hospital. Allí se determinó que una alta ingesta de azúcar pudo haber desencadenado la crisis, aunque también se comprobó que los niveles de glucosa en la sangre ya estaban de por sí muy por encima de los normales, de allí que una crisis semejante podía ocurrir en cualquier momento. El profesor es atendido con los cuidados intensivos del caso, sin embargo no pudo evitarse su muerte al día siguiente.

5.- Mario conduce un camión cisterna de gasolina por la carretera. Al percatarse de la existencia de una fuga del combustible que transporta, arrima el camión hacia la cuneta de la vía a fin de detenerlo, con tan mala suerte que se produce un chispazo por el roce del parachoques de metal contra el asfalto. A consecuencia, se produce un incendio en la estela de gasolina regada en la carretera, resultando calcinados varios conductores de los vehículos que circulaban detrás del camión.

6.- Durante un terremoto, ante el inminente desplome del edificio, el padre desesperado por salvar a su hijo decide lanzarse con él desde el balcón de un segundo piso. El niño queda muy mal herido a consecuencia de la caída, y es llevado urgentemente al hospital por un familiar. Sin embargo, por la catástrofe natural, en el hospital hay muchos pacientes y pocos médicos que puedan atenderle. El familiar sube al niño a su vehículo para trasladarlo a otro hospital, pero fallece durante el trayecto.

7.- Un sujeto que viaja en un transporte de pasajeros en marcha intempestivamente saca un arma de fuego y amenaza a los ocupantes con dispararles si no entregan sus pertenencias. Una mujer presa del pánico por la situación, aprovechando que se encuentra cerca de la puerta de entrada abierta, salta del vehículo para intentar huir, con tal mala suerte que cae en uno de los canales de la avenida donde Marcos conducía su carro a exceso de velocidad, quien no puede evitar atropellarla y causarle la muerte.

8.- Unos sujetos, portando armas de fuego, entran a una casa con el fin de asaltar a sus habitantes. Para tal fin, someten a Luis, a su esposa, hija y nieto. Luis se puso muy nervioso porque uno de los asaltantes estaba muy cerca del niño, quien no dejaba de moverse y llorar. Les dijo que dejaran en paz a su familia, y a cambio él les daría una importante cantidad de dinero. En ese momento Luis sufre un infarto que le produce la muerte, huyendo los asaltantes.

9.- Carlos y Eduardo discuten frente de la casa del primero. De pronto, Carlos saca un cuchillo y hiere muy gravemente a Eduardo quien, a consecuencia de la herida, se tambalea unos metros por la acera, pierde el equilibrio y cae en medio de la calle. Por esta, circula Octavio en su carro a exceso de velocidad, avizorando a unos diez metros de distancia el cuerpo de Eduardo sobre la vía. Octavio no pudo detener el vehículo, causando la muerte de Eduardo, quien, no obstante, ya agonizaba por la profunda herida que le propinó Carlos. Se comprueba posteriormente que de haber frenado Octavio o reducido la velocidad, tampoco hubiera podido evitar el arrollamiento.

10.- Luis asesta varias puñaladas contra Sergio, el cual queda gravemente herido con peligro probable de muerte. En el hospital es operado con un resultado favorable. Sin embargo, el médico tratante dejó material quirúrgico en el organismo de Sergio. Antes de que se produjera una infección mortal en Sergio, Luis irrumpe en la habitación de recuperación y le propina varios disparos que causan la muerte de aquel.

11.- Pedro decide acompañar a Mario a sabiendas de que este último maneja de forma muy riesgosa. Durante la travesía, Mario adelanta los vehículos arriesgadamente, aunque a velocidad moderada. Pedro celebra aquellas maniobras y convence a Mario de que acelere más. Este acepta y aumenta la velocidad. A su vez, advierte que podría ser muy peligroso adelantar a esa velocidad, pero decide asumir el riesgo. Al ejecutar una de esas maniobras, Mario pierde el control del carro y colisiona con otro, rebotando contra un muro situado a un costado de la vía. A causa de ello, muere el conductor del otro vehículo y Pedro sufre una grave lesión que obliga a amputarle una pierna.

12.- Días antes de los hechos, A toma algunas fotos de la niña Claudia, hija de un importante empresario, durante la hora de salida del colegio. Reunido con B y C, A les explica la forma de realizar el se-

cuestro de Claudia, y les muestra varias de las fotos para que puedan identificarla. Igualmente, comparte con ellos los números telefónicos del empresario, a quien llamarán para pedir el pago del rescate de la niña. El día señalado, A, B y C se acercan al colegio en un vehículo. Al divisar a Claudia, B y C bajan del mismo, la sujetan e introducen en el carro conducido por A. Al llegar al sitio donde tenían las fotos, se dan cuenta que no era la infante a quien querían secuestrar (aunque se parecía mucho a Claudia). Inmediatamente, llega la policía al lugar y apresa a los tres sujetos.

13.- Ante la mirada atónita de los presentes, la madre golpea a su hijo de 10 meses porque no paraba de llorar, gritándole que se callara. Los repetidos golpes causaron la muerte de la criatura. En el proceso no se pudo probar que la madre actuara con intención homicida, al punto que ella misma le llevó al centro asistencial más cercano, aunque sí se demostró que sufría un retraso mental.

14.- Arturo, ingeniero de la obra, ordena al conductor del taladro mecánico que perfore el suelo en un sitio indicado. Donde se realizará la perforación pasa un gasoducto, rodeado de varios carteles que advierten de su colocación y el peligro que el mismo conlleva. El ingeniero considera que la operación puede realizarse, aunque es un tanto riesgosa. Sin embargo, decide asumir el riesgo. Mientras se realiza la perforación, el conductor avisa al ingeniero que están muy cerca del gasoducto, a lo cual el ingeniero le responde que tenga mucho cuidado y que termine rápido el trabajo. La perforadora golpea el gasoducto causando una fuerte explosión, cuya onda expansiva produjo varios muertos y heridos. El ingeniero y el conductor fueron despedidos varios metros, conservando milagrosamente la vida.

15.- Durante la delicada operación para tratar de salvarle la vida a un sujeto víctima de varios disparos, el centro hospitalario sufre un corte del suministro eléctrico ante lo cual los cirujanos y el anestesista discuten qué hacer. Después de esperar algunos minutos, y ante el hecho cierto de que sin electricidad no pueden seguir trabajando, deciden conjuntamente terminar la operación, suturar las heridas y dejar que la persona muera. El suministro eléctrico no se repuso sino varias horas después. Es de resaltar que los médicos pudieron ordenar el traslado del

paciente a otro centro hospitalario, pero ante la lejanía del mismo y la gravedad de las heridas, optaron por dejarle morir.

16.- Alberto conduce su carro por la autopista a exceso de velocidad. Súbitamente, del borde de la misma surge Raúl quien, con intención de suicidarse, se abalanza sobre el vehículo de Arturo quien no puede evitar el arrollamiento. Sin embargo, este logra llevar a Raúl a un rudimentario centro asistencial cercano, donde hay muchos pacientes y un único médico de guardia. El médico, aun percatándose del estado de gravedad de Raúl, se niega a atenderlo ya que "tiene mucho trabajo" y muy pocos recursos para ayudarle. Ante esto, Arturo lleva a Raúl a otro hospital, pero el herido fallece en el camino.

17.- Una persona divulga en internet material pornográfico donde aparecen imágenes de niños. Cuando la policía las examina comprueban que se trata de un fotomontaje, por lo tanto los niños nunca estuvieron en las fotos circuladas.

18.- En una discoteca se produce la explosión de una planta eléctrica por sobrecarga. Ella pudo haber sido evitada de haberse hecho el mantenimiento periódico de la instalación. Al producirse el incendio, los usuarios huyen despavoridos del lugar. A su vez, el dueño de la discoteca sin percatarse realmente de la gravedad de la situación, y preocupado porque la gente se iba sin pagar, ordena cerrar las puertas del local. Al no poder salir, murieron 25 personas asfixiadas.

19.- El médico cirujano termina la delicada operación de un paciente, y se marcha de vacaciones. Antes, deja el paciente al cuidado de un médico asistente de su consultorio. El enfermo es dado de alta tres días después de la intervención quirúrgica. Estando en su casa, el recién operado comienza a sentir diversos dolores y mareos constantes. Sus familiares llaman por teléfono al asistente del médico, quien les recomienda trasladarlo a la clínica para examinarle. Una vez allí, el asistente ordena un tratamiento para estabilizar al paciente. Logrado ello, ordena darle de alta. No obstante, los familiares le piden al asistente que llame al médico cirujano antes de llevarlo a casa, pero el asistente considera que no es necesario. Dos días después de este último ingreso a la clínica, el enfermo sufre fuertes dolores, vómitos y fiebre. Ante el requerimiento de sus allegados, el médico auxiliar les pone en contacto con el médico cirujano quien comunica que regresará de vacaciones

dentro de dos días. Mientras tanto, les dice el médico cirujano, sigan entendiéndose con su asistente. Hospitalizado nuevamente el paciente, los síntomas se agravan sin que el ayudante pueda hacer algo para solucionar el problema. Días después regresa el médico-cirujano de sus vacaciones, quien al examinar al enfermo observa que la situación es bastante delicada, y que su asistente no realizó el procedimiento adecuado para mejorar la situación. La persona muere al día siguiente.

20.- Una vez que el marido marchó al trabajo muy temprano, María agrega en el té instantáneo en polvo una importante cantidad de arsénico a sabiendas de que su pareja lo tomará en la noche, como usualmente hace cada día. Inmediatamente, da instrucciones a la señora de servicio, quien desconoce totalmente el plan homicida de la esposa, para que le prepare el té al marido cuando este llegue a la casa y lo dejé encima de la mesa de noche, ya que ella "llegará muy tarde y no podrá hacerlo esta vez". Dicho esto, la esposa huye de la casa sin intención de volver. En la tarde, la señora de servicio recibe la visita de una amiga. Aprovechando que los dueños de la casa no están, la trabajadora doméstica invita a dos amigos para tomar algo en la casa junto a su amiga. Durante el encuentro, la servicio y sus compañeros beben el licor de los dueños de la casa y consumen algo de comida guardada en la nevera. En un momento de la reunión, uno de los amigos toma el té en polvo adulterado por María en la mañana, y lo añade a la bebida que está tomando. El sujeto muere por efecto del arsénico.

21.- Pedro entrega a su mejor amigo Fernando, quien viajará a Miami, un sobre con varios gramos de cocaína, perfectamente escondidos en un doble fondo. Le engaña diciendo que el sobre contiene papeles y otros documentos que debe enviar a otro amigo residenciado en esa ciudad. Pedro acepta la encomienda, sin embargo el día del viaje revisa el sobre. Al darse cuenta que dentro hay cocaína decide, sin decirle a Pedro, esconderla mejor para trasladarla a Miami y allí venderla a otra persona. Justo en el control policial del aeropuerto, es detectada la droga y detenido Fernando.

22.- Carlos, con intención de matar, arroja una olla de agua caliente al cuerpo de su enemigo Juan. Este sufre de una extraña enfermedad de la piel, la cual, al contacto con altas temperaturas, se manifiesta en importantes abscesos por todo el cuerpo. El agua caliente causó uno de

esos abscesos, que se infectó gravemente y produjo una gangrena en el brazo de la víctima. Al no haber intervenido un médico a tiempo, Juan muere después de un mes de la acción de Carlos. Este no conocía la enfermedad de Juan, aunque actuó creyendo que el agua caliente sobre el cuerpo de una persona causa su muerte.

23.- Raúl, Pedro, Octavio y Juan, ex-trabajadores del "Banco Halcón, C.A.", se ponen de acuerdo para incendiar, por motivos de venganza, la sede central de dicho banco, causar terror en sus empleados y, eventualmente, matar o lesionar a los ocupantes del edificio. Para ello, Raúl se encarga de contratar unos especialistas en la colocación de explosivos, y generadores de incendio (A, B, C y D), e idea el siguiente plan: El día miércoles, Pedro deberá acompañar a dos de los especialistas contratados (A y B), para que estudien detenidamente el edificio e indiquen los sitios donde se pueden colocar los generadores de incendio sin ser detectados. El jueves, Juan y los otros dos especialistas (C y D) colocarán los generadores en los puntos señalados por los colaboradores A y B. Por último, Raúl le encomienda a Octavio la labor de presionar, el día viernes, el botón del control remoto que activará los generadores. El mecanismo incendiario-explosivo, comprado directamente por Raúl en el extranjero, opera de la siguiente manera: Con un intervalo de dos minutos, debe pulsarse el botón para que el edificio vaya incendiándose por partes, a consecuencia de cada explosión. Los dos primeros pasos se realizaron exactamente como se planearon. A y B le dijeron a Pedro los lugares apropiados para colocar los generadores, mientras que C y D, bajo la mirada vigilante de Juan, se encargaron de su colocación siguiendo las indicaciones escritas suministradas por Pedro. Sin embargo, el viernes a las 12.00 pm., Octavio, apostado en un edificio cercano a la sede del banco, pulsó por primera vez el botón del control remoto produciendo el incendio de los tres últimos pisos del edificio. Al activar el mecanismo por segunda vez, el mismo se atascó por lo cual Octavio no siguió con el plan y huyó a casa de Raúl.

Variante del caso: Octavio, al pulsar por primera vez el botón, dejó de activar el mecanismo al observar el daño causado, huyendo despavorido.

24.- A, B, C, D y E, miembros de la junta directiva de la empresa "White Bull", se reúnen para discutir si la cerveza que han producido

será introducida al mercado. A señala que la misma tiene un conservante que ha causado daños a la salud de los consumidores en otros países, por lo cual se muestra en desacuerdo con venderla. B, por su parte, alega que ese conservante se utiliza en otros productos comestibles y no ha acarreado daño alguno, aunque admite que es riesgoso. C respalda la propuesta de A, y considera que no debe ponerse en circulación el producto. D señala que él apoyará lo que la mayoría decida. Por su parte, E expresa su total acuerdo con el razonamiento de B. Una vez manifestados los distintos pareceres, D se percata de que él constituye el voto decisivo, por lo cual decide irse de la reunión. Minutos antes de la votación, C cambia de opinión porque B le explicó la situación crítica que atraviesa la empresa, que podría resolverse si se vende la citada cerveza. A se da cuenta que su opinión sería derrotada en la futura votación, pero sabe que si se retira de la reunión rompería el *quórum* de la Junta, ya que los estatutos señalan que el mismo se conforma con la asistencia de al menos cuatro de los miembros. No obstante, A decide no retirarse y pide que se vote la propuesta de poner en circulación el producto, la cual resulta victoriosa por tres votos a favor (B,C y E) y un voto en contra (A). El producto fue retirado del mercado antes de que alguien lo adquiriera, ya que D denunció el hecho a las autoridades. El análisis posterior del producto determinó que pudo haber causado graves lesiones, e incluso la muerte del consumidor, por el conservante utilizado.

25.- A, jefe de la banda, planifica el asalto al banco suministrando a B, C y D planos del local, combinación de las bóvedas, e información sobre el momento preciso en que debe realizarse el asalto cuando los clientes se hayan ido del local. Luego de realizar la planificación, A se va de la ciudad esperando información sobre el robo. Al llegar al banco, B, C y D, observan que la policía está cerca del lugar, por lo tanto deciden esperar un poco para ejecutar el asalto planificado. Una vez que se marchó la policía, y ante el temor de que regresara, los asaltantes deciden adelantar el momento del robo. Así, irrumpen en el banco cuando aún había clientes. Tomando de rehén a uno de ellos, B obligó al gerente de la oficina bancaria a abrir la bóveda. El gerente les dijo que no podía ayudarles, ya que la bóveda tenía un mecanismo de apertura retardada que dura unos minutos, circunstancia que ignoraban los asaltantes. Ante la desesperación por la situación, C disparó varias

veces al techo y gritó a los cajeros del banco que entregaran el dinero que tenían en cada una de las cajas. Además, procedieron los tres a despojar de sus pertenencias a todos los clientes. Una vez recogido el botín, B le dispara al rehén que tenía, aprovechando el momento para huir. Cuando salieron, fueron interceptados por la policía, quienes alertados esperaban fuera para detener a los ladrones.

26.- La Corte Penal Internacional procesó a Patricio por el delito de reclutamiento y alistamiento forzoso de menores de 15 años, previsto en el Estatuto de Roma. Patricio se desempeñaba como presidente de la Unión Nacionalista Revolucionaria (UNR). Igualmente, se desempeñó como comandante en jefe del ala militar de la UNR, las llamadas Fuerzas Nacionales de Liberación (FNL). Según las evidencias recogidas, Patricio tenía la última palabra en relación con la adopción e implementación de las políticas de la UNR y de las FNL. Igualmente, se determinó que Patricio junto a otros miembros de la UNR y de las FNL, acordaron el plan común de reclutar (voluntaria o forzosamente), personas para las FNL. Aunque no fue objeto específico que los reclutas fueran menores de 15 años, la implementación del plan implicaba el riesgo objetivo de que estuviesen comprendidos niños por debajo de esa edad, como efectivamente ocurrió. Es de resaltar que no se evidenció la participación de Patricio en la ejecución material del reclutamiento, que era llevado a cabo por personas subordinadas de la organización. El plan se llevó a cabo de forma caótica en razón de que las referidas organizaciones sufrieron reiteradas deserciones y divisiones dentro de su seno, lo cual perjudicó el control de Patricio sobre ellas. No obstante, gracias a su carisma y ascendencia, algunos subordinados ejecutaron lo acordado.

27.- A paga a B cinco mil dólares para matar a C. B acepta el encargo, y planifica el crimen. El día elegido para el homicidio, sigue a su víctima hasta el restaurant donde usualmente cena, y se sienta en una mesa cercana a esperar que salga al estacionamiento para darle muerte. La cena se prolonga por mucho tiempo, y B toma varios tragos de licor para pasar el tiempo. Sin embargo, toma tanta cantidad que cae en un estado de embriaguez que le hace quedarse dormido sobre la mesa. Al terminar de comer, C se marcha a su casa. Una hora después, un mesonero intenta despertar a B, pero al darse cuenta que llevaba un arma

llama a la policía. Una vez detenido, B confiesa el plan que no pudo realizar en el restaurant.

28.- Pedro y Juan, estimulados por el alcohol, circulan a gran velocidad en el auto del segundo. Pedro le dice a Juan que acelere más el vehículo, "...y al que se atreviese, se lo lleven por el medio". Juan acepta y acelera hasta llegar a los 160 km/h. Un peatón cruza la calle correctamente, pero Juan no detiene el vehículo, no obstante el transeúnte logró salvarse "milagrosamente" ya que pudo saltar a la acera antes de que le atropellaran. Juan continuó acelerando, como le seguía diciendo Pedro, y golpeó levemente a un carro por detrás, pero por la excesiva velocidad el impacto fue suficiente para que aquel carro diera varias vueltas "en trompo" evitando caer al abismo gracias a la pericia de su conductor. Juan no se detuvo por el choque, y en su alocada carrera impactó de nuevo a un pequeño vehículo que circulaba correctamente. El conductor de este quedó gravemente herido. Juan y Pedro bajaron del carro, y al percatarse de la gravedad de las heridas del chofer, se dieron a la fuga porque "creyeron que le habían matado". El ocupante del último vehículo colisionado permaneció inconsciente durante bastante tiempo dentro de su auto, sin que nadie le ayudara, muriendo al cabo de unas horas. Posteriormente, se determinó que de haber recibido atención médica inmediata, hubiera podido salvarse.

29.- A, B y C, tienen información de que desde la joyería se transportará a otro lugar, una pieza de gran valor. Fuertemente armados, abordan el transporte de seguridad donde llevan la joya. Para ello, A y B se encargan de amenazar al conductor y al empleado de seguridad que se encuentra en el vehículo. C enciende el camión, e inician la huída. Durante el trayecto, A decide individualmente matar a los dos empleados, lo cual hace. Sorprendido por la acción, C detiene el camión y arrojan los cadáveres en un acantilado. Más adelante, son apresados por la policía. En el transporte de valores, además de la joya, había divisas y una importante cantidad de dinero, cuestión que ignoraban los asaltantes.

30.- Desde lo alto de un edificio, tres sujetos disparan contra el importante político quien queda mal herido a consecuencia del único disparo que logró alcanzarle. Los guardaespaldas del político le trasladan inmediatamente al hospital más cercano, donde es intervenido

de urgencia para extraerle la bala alojada en el intestino y controlar la fuerte hemorragia que padece. Sin embargo, en el curso de la operación el médico cirujano, descuidadamente, secciona una parte del estómago causando otra grave hemorragia que no puede controlar y que acelera la muerte del político. De la autopsia se desprende que la hemorragia por el corte del estómago fue la causa determinante de la muerte, y que la del intestino aunque también era letal, pudo haber sido controlada. Por otra parte, nunca pudo determinarse de cuál de las armas que se dispararon provino la bala que hirió al político.

31.- A, B y C, planean apropiarse de los bienes existentes en una casa. Según el plan, A se encargará de trasladar a sus compañeros y esperarlos en el vehículo para la fuga. B abrirá la caja fuerte, y sustraerá las joyas que hay en ella. Mientras que C, buscará el resto de cosas de valor que se encuentren en la morada. Así, llegan a la casa con la convicción de que no hay nadie en la misma. B, intenta abrir la caja fuerte, pero no puede acertar con la combinación correcta. C no encuentra ningún objeto de valor en los sitios donde él pensaba que los guardaban. Por la frustración de no haber podido encontrar algún bien valioso, deciden incendiar la casa. Al día siguiente, al apagarse el incendio, se localiza una persona muerta en una de las habitaciones, a causa del humo inhalado.

32.- Ante las amenazas de un periodista, quien en su programa de máxima audiencia anunció que "prontamente" revelaría importantes "secretos sexuales" del político X, este le espera en la puerta de su casa y de seguidas le golpea, sin mayores consecuencias. Igualmente, el político le advirtió que si le exponía al escarnio público, iba a demandarlo.

33.- Un general de división, ante la grave situación de crisis política en un país, decide asaltar el poder. Para lograr su objetivo, comienza un adoctrinamiento en la tropa que tiene a su mando. Además, el general fundamenta su acción en un artículo de la constitución de aquel país que obliga a las personas a restablecer el orden constitucional, si los órganos del poder público infringen el mismo. Esta interpretación es totalmente personal del general, aunque los medios de comunicación constantemente hacen alusión a ese artículo para atacar al gobierno. En todo caso, el militar cree que ante una situación generalizada de corrupción, crisis económica, arbitrariedad y posible fraude electoral del

gobierno, las fuerzas armadas tienen el deber de actuar para corregir el rumbo del país. El general no considera que su deber de no beligerancia política y el origen popular del gobierno, sean obstáculos para su "acción salvadora de la patria". El día acordado, la tropa asaltó el palacio de gobierno, no obstante el golpe fracasó siendo detenidos el general y los soldados que participaron en la asonada. Durante el juicio, el general argumentó que lo hizo para salvar la democracia, además que era una situación de extrema necesidad. Los soldados se defendieron argumentando que ellos solo obedecían al general.

34.- Juan, niño de once años, intenta cruzar temerariamente la calle. Al atravesarla, resbala y cae sobre el pavimento. Viendo que un vehículo en marcha se dirige hacia él, salta ágilmente a la acera, golpeando a una señora que caminaba por ella aunque evitando ser atropellado por el auto. A la transeúnte se le diagnosticó una fractura de la muñeca del brazo izquierdo, consecuencia del golpe con Juan.

35.- Pedro, adolescente y epiléptico, conduce el vehículo de su padre a excesiva velocidad. Al acercarse al garaje de su casa, advierte que no podrá frenar a tiempo pero, para no atropellar a su madre que le esperaba en el portón, desvía el carro hacia la casa vecina tumbando el muro de la fachada, lo cual a su vez ocasionó lesiones leves a una persona que trabajaba en el jardín.

36.- Carlos, al ser abordado por unos asaltantes dentro de su morada, sufre un ataque de pánico. Los ladrones, fuertemente armados, amenazan con matarle si no se tranquiliza. Carlos opta por huir, ante lo cual uno de los asaltantes le persigue amenazadoramente. Incluso, llega a dispararle pero yerra el tiro. Carlos, aterrado por el perseguidor, decide lanzarse desde el balcón de su apartamento, situado en el segundo piso del edificio, hacia la calle, cayendo encima de un peatón a quien le causa una lesión irreversible en la columna que le impedirá caminar nuevamente. No obstante, Carlos salva su vida gracias, precisamente, a haber caído sobre la persona y no directamente en el piso.

37.- Un médico conduce su carro a excesiva velocidad, poniendo en peligro a los demás conductores. En una de sus arriesgadas maniobras, golpea a un vehículo causándole una leve lesión a su conductor. El médico se da a la fuga, y aumenta mucho más la velocidad, precisamente para huir del lugar, esquivando peligrosamente a otros autos. No obs-

tante, por la velocidad de su conducción, llega prontamente a un cruce de carretera donde minutos antes hubo un fuerte choque entre dos vehículos. El médico asiste oportunamente a uno de los conductores, aplicándole unos paliativos que logran salvarle la vida.

38.- Un terrorista ha sido apresado por la policía, bajo la sospecha de haber colocado una bomba de gran potencia en un sitio de la ciudad. El terrorista se niega a revelar el lugar donde está el explosivo. Ante la grave situación, ya que podría estallar en pocas horas, los policías privan de la libertad al hijo del terrorista, de 7 años de edad. Uno de los policías le dice al terrorista que, de no decirles el lugar de la bomba, matarán a su hijo. Incluso, para confirmar la seriedad de la amenaza, llaman por teléfono al lugar donde tienen apresado al niño, y le pasan la bocina al terrorista. Este confirma, por la conversación, que su hijo se encuentra amarrado y podría ser objeto de torturas, evidenciado por el llanto y la propia explicación del niño. Desesperado por la suerte que pueda correr su hijo, el delincuente revela el sitio donde está la bomba. La policía llega al lugar y desactiva a tiempo el explosivo, evitando la segura muerte de cientos de personas.

39.- Un adolescente de 13 años de edad tiene relaciones sexuales con una niña de 11, con consentimiento de esta. Lo hace a sabiendas de la edad de la niña, aunque durante el proceso se prueba su desconocimiento de la norma de la LOPNNA que castiga penalmente dicha acción.

40.- A, epiléptico, es procesado por posesión prohibida de sustancias psicotrópicas. Durante el juicio se prueba que A tenía dicha sustancia, porque le ayudaba a contrarrestar algunos efectos secundarios emocionales causados por el medicamento que se le recetó para controlar su enfermedad, aunque el médico tratante le había prohibido consumir drogas adicionales. A actuó convencido de que la posesión del psicotrópico prohibido era similar a la de un medicamento, de allí que obró en consecuencia.

41.- Un adolescente de 13 años durante un partido de fútbol, tiene un altercado con otro de edad similar. En un momento, aprovechando que el árbitro estaba descuidado, golpea con su codo el rostro del rival, lesionándole gravemente. En el juicio se prueba que el agresor nunca creyó que aquello podía acarrearle un "problema ante los tribunales",

ya que había visto en televisión que los jugadores profesionales hacían acciones de ese tipo, y solo les expulsaban del partido si eran vistos por el árbitro. En todo caso, el agresor nunca tuvo la intención de causar una lesión de tal magnitud.

42.- Durante un concierto del grupo "Sus Majestades Satánicas", un fanático religioso burla la seguridad del evento y se dirige con un puñal hacia el vocalista de la banda, con intención de matarlo. Lo hace porque considera importante evitar la propagación de mensajes diabólicos, lujuriosos y de apología al consumo de drogas que, según él, encierran las canciones del grupo. En el preciso momento en que el ofendido moralista se dirige hacia el cantante, este, en uno de sus tradicionales movimientos y sin darse cuenta del peligro que corre, hace girar el micrófono sobre su cabeza sujetando el cable, el cual se le va de las manos golpeando el rostro del agresor quien cayó al suelo por el impacto, siendo reducido inmediatamente por los guardaespaldas del grupo.

Este ejemplar se terminó de
imprimir en Caracas en
noviembre del año 2014
en los talleres de Impresos Miniprés, C.A.